

Geltung und Ausübung der Freiheits- grundrechte im öffentlich-rechtlichen Anstaltsbenutzungsverhältnis

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Elmar Rauch

Referendar aus Bitterfeld

Münster 1962



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555422_0007

Geltung und Ausübung der Freiheits- grundrechte im öffentlich-rechtlichen Anstaltsbenutzungsverhältnis

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Elmar Rauch

Referendar aus Bitterfeld

Münster 1962



Dekan: Prof. Dr. Dr. Rudolf Lukes
1.Referent: Prof. Dr. Hans J. Wolff
2.Referent: Prof. Dr. Friedrich Klein
Tag der mündlichen Prüfung: 27.Juli 1962

Meinen lieben Eltern

Inhaltsübersicht

	Seite:
Problemstellung	1
Teil I: Begriffsklärung	4
1. Abschnitt: Begriff der Anstalt	4
1. Kapitel: Entwicklung des Anstaltsbegriffs	4
§ 1: Nichttechnischer Begriff	5
§ 2: Dualistischer Begriff	5
§ 3: Statischer Begriff	6
§ 4: Integrierter Begriff	7
§ 5: Funktionaler Begriff	8
2. Kapitel: Versuch einer eigenen Definition des Anstaltsbegriffs	11
3. Kapitel: Abgrenzung für die Untersuchung des Problems	12
§ 6: Funktionaler Anstaltsbegriff	13
§ 7: Nutzbare Anstalten	14
§ 8: Öffentlich-rechtliche Nutzungsordnung	15
2. Abschnitt: Begriff der Grundrechte	16
Teil II: Schranken der Freiheitsgrundrechte im Anstaltsbenutzungsverhältnis	18
1. Abschnitt: Das besondere Gewaltverhältnis	20
1. Kapitel: Der Begriff des besonderen Gewaltverhältnisses	21
2. Kapitel: Die besondere Gewalt im Anstaltsbenutzungsverhältnis	21
§ 9: Beschränkung auf das Hausgut der Anstalt	22
§ 10: Der Begriff der Anstaltsgewalt	23
§ 11: Der Begriff des Hausrechts	25
§ 12: Der Begriff der Anstaltsdisziplin	26
§ 13: Der Begriff der Anstaltspolizei	26
§ 14: Versuch einer eigenen terminologischen Abgrenzung	28
3. Kapitel: Das Anstaltsbenutzungsverhältnis als besonderes Gewaltverhältnis	32
§ 15: Die Theorie Otto Mayers	32

§ 16: Die herrschende Lehre	34
§ 17: Die Meinung Obermayers	34
§ 18: Die Auffassung Thiemes	35
§ 19: Die Ansicht Forsthoffs	35
§ 20: Die Lösung Wolffs	35
§ 21: Zusammenfassung	36
4. Kapitel: Rechtfertigung der besonderen Gewaltverhältnisse nach der konstitutionellen Staatslehre	37
§ 22: Historisch-konventioneller Rechtssatzbegriff	37
§ 23: Trennung zwischen Innensphäre und Außensphäre	38
§ 24: Das besondere Gewaltverhältnis als rechtssatzfreier Raum	39
§ 25: Vorbehalt des Gesetzes als Urgrundrecht	40
5. Kapitel: Kritik dieser Rechtfertigung	40
§ 26: Merkmal des Eingriffs	40
§ 27: Grenze zwischen Innensphäre und Außensphäre	42
6. Kapitel: Rechtfertigung der besonderen Gewaltverhältnisse unter der Weimarer Reichsverfassung	44
7. Kapitel: Kritik dieser Rechtfertigung	46
2. Abschnitt: Freiwilliger Verzicht auf Grundrechtsausübung	47
1. Kapitel: Versorgungsanstalten	48
2. Kapitel: Bildungsanstalten	48
3. Abschnitt: Gewohnheitsrechtliche Grundrechtsschranke	49
4. Abschnitt: Schranke des Gemeinschaftsvorbehalts in Art. 2 Abs. 1 GG	49
1. Kapitel: Die Stellung des Art. 2 Abs. 1 im System der Grundrechte	52
§ 28: Art. 2 Abs. 1 als Hauptfreiheitsrecht	52
§ 29: Art. 2 Abs. 1 als Auffanggrundrecht	54
§ 30: Art. 2 Abs. 1 als Muttergrundrecht	55
§ 31: Art. 2 Abs. 1 als Leitrechtssatz und Auslegungsregel	56
2. Kapitel: Der Begriff der Rechte anderer	59

3.Kapitel: Der Begriff des Sittengesetzes	60
4.Kapitel: Der Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung	61
§ 32: Philologische Interpretation	62
§ 33: Systematische Interpretation	63
§ 34: Logische Interpretation	64
§ 35: Genetische Interpretation	65
§ 36: Teleologische Interpretation	69
§ 37: Die verfassungsmäßige Ordnung als Norm- gefüge	69
§ 38: Die verfassungsmäßige Ordnung als allge- meine Rechtsordnung	70
§ 39: Die verfassungsmäßige Ordnung als Summe der fundamentalen Ordnungsnormen	72
§ 40: Die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne der polizeilichen Generalklausel als Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung	76
§ 41: Die verfassungsmäßige Ordnung als Real- ordnung	80
5.Kapitel: Folgerungen für die Anstaltsbenutzungs- verhältnisse	81
§ 42: Ordnungserhaltende Anstaltsbenutzungsver- hältnisse	82
§ 43: Ordnungsgestaltende Anstaltsbenutzungsver- hältnisse	84
§ 44: Merkmal der Institutionalisierung	85
§ 45: Kriterium des Sonderstatus	86
6.Kapitel: Charakterisierung der Grundrechtsschran- ken in den ordnungserhaltenden Anstalts- benutzungsverhältnissen	92
§ 46: Immanente sachliche intransitive Gewährlei- stungsschranke des mißbrauchten Grundrechts	92
§ 47: Immanente sachliche reflexive Gewährlei- stungsschranke des mißbrauchten Grundrechts	94
§ 48: Systematische sachliche intransitive Gewähr- leistungsschranke der übrigen Grundrechte	95

§ 49: Systematische sachliche reflexive Gewährleistungsschranke der übrigen Grundrechte	95
§ 50: Einschränkung der Geltung der Grundrechte	96
7.Kapitel: Charakterisierung der Grundrechtsschranken in den ordnungsgestaltenden Anstaltsbenutzungsverhältnissen	97
§ 51: Generelle verfassungsunmittelbare transitive Vorbehaltsschranke	97
§ 52: Generelle verfassungsunmittelbare reflexive Vorbehaltsschranke	99
§ 53: Einschränkung der Ausübung der Grundrechte	99
8.Kapitel: Die Strafvollzugsanstalten	99
Teil III: Grenzen der Grundrechtsschranken	101
1.Abschnitt: Unfreiwillig begründete Anstaltsbenutzungsverhältnisse	101
1.Unterabschnitt: Absolute materielle Grenze des Art.1 Abs.1 GG	101
2.Unterabschnitt: Absolute materielle Grenze des Art.3 Abs.1 GG	102
3.Unterabschnitt: Absolute materielle Grenze des Art.104 Abs.1 Satz 2 GG	103
4.Unterabschnitt: Grenze der Wesensgehaltssperre des Art.19 Abs.2 GG	106
1.Kapitel: Antastung des Wesensgehalts	106
§ 54: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	107
§ 55: Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts	107
§ 56: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	108
§ 57: Die Lehre Krügers	109
§ 58: Die Theorie Dürigs	110
§ 59: Die Ansicht Kleins	111
§ 60: Eigene Stellungnahme	112
2.Kapitel: Folgerungen für die Anstaltsbenutzungsverhältnisse	114
§ 61: Relative materielle Grenze des Zwecks	114
§ 62: Relative materielle Grenze der Verhältnismäßigkeit	114

§ 63: Absolute formelle Grenze des Rechtsschutzes	115
§ 64: Absolute materielle Grenze der Substanzgarantie	116
§ 65: Keine Grenze des Nichtvorhandenseins eines Gesetzesvorbehalts	117
2.Abschnitt: Freiwillig begründete Anstaltsbenutzungsverhältnisse	118
Ergebnis	120

S c h r i f t t u m s v e r z e i c h n i s

- Anschütz, Gerhard Die Verfassungs-Urkunde für den Preußischen Staat, Bd.1, Berlin 1912;
Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz, 2.Aufl., Berlin 1913;
Artikel "Gesetz",
In: WBStVR II, 2.Aufl., Tübingen 1913, S.212-218;
Die Verfassung des Deutschen Reiches, Kommentar, 14.Aufl., Berlin 1933;
- Apelt, Willibalt Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Leipzig 1920;
Die Gleichheit vor dem Gesetz nach Art.3 Abs.1 des GG,
In: JZ 51/353 - 359;
- Arndt, Adolf Das selbständige Verordnungsrecht, Berlin 1902;
- Bachof, Otto Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Tübingen 1951; (zit.: Vornahmeklage);
Verfassungswidrige Verfassungsnormen? Tübingen 1951;
Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung, In: Verfassung und Verwaltung, Festschrift für Wilhelm Laforet, München 1952, S. 285 - 316;
Rechtsnatur und zulässiger Inhalt und gerichtliche Anfechtung von Friedhofsordnungen, In: AöR 78(1952/53)/ 82 - 96;
Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, In: VVDStRL 12(1954)/ 37 - 84;
Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, In: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 287 - 308;
Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts In: JZ 57/ 334 - 342;
- Ballerstedt, Kurt Staatsverfassung und Wirtschaftsfreiheit, In: DÖV 51/ 159 - 161;
- Becker, Erich Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, In: VVDStRL 14(1950)/ 96 - 135;
Artikel "Anstalten des öffentlichen Rechts", In: HWBSozW Bd.1, Göttingen 1956, S. 208 - 210;
- Becker, Hans J. Zum Grundrecht der freien Berufswahl, In: NJW 55/ 1737 - 1740;
- Becker, W. Die Rechtslage bei Anstaltsunterbringung, In: NJW 52/ 50 - 52;

- Bettermann, Karl August Grundfragen des Preisrechts für Mieten und Pachten, Tübingen 1952;
Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit,
In: Die Grundrechte, Bd.3, 2.Halbbd., Berlin 1959, S. 779 - 908, (zit.: GR III/2);
- Beyer, Wilhelm R. Anmerkung zum Urteil des BGH v.1.2.1954,
In: NJW 54/ 713;
- Biermann, Johannes Privatrecht in Preußen, Berlin 1897;
- Böckenförde, Ernst W. Gesetz und Gesetzgebende Gewalt, Berlin 1958;
- Böckenförde, Werner Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, Berlin 1957;
- Bonner Kommentar Kommentar zum Grundgesetz, hrsg. von Bodo Dennewitz u.a., Hamburg 1950, (zit.: BK);
- Bühler, Ottmar Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, Berlin, Stuttgart, Leipzig 1914;
- Bühler, Werner Begriff und Formen der öffentlichen Anstalt als verwaltungsrechtliches Institut, jur.Diss. Zürich 1929 (erschienen Aarau);
- Coing, Helmut Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 1950;
- Dahm, Georg Deutsches Recht, Stuttgart, Köln 1951;
- De Laubadère, André Traité élémentaire de droit administratif, 2.Aufl., Paris 1957;
- Denninger, Erhard C. Zum Begriff des "Wesensgehalts" in der Rechtsprechung (Art.19 Abs.2 GG),
In: DÖV 60/ 812 - 814;
- Dernburg, Heinrich Pandekten, Bd.1, 5.Aufl., Berlin 1896;
- Dipper, Bedürfnisprüfung im Gaststättengewerbe nach dem Bonner Grundgesetz,
In: NJW 52/ 601 - 603;
- Drews - Lassar Allgemeine und politische Polizei, Sonderausgabe von M.v.Brauchitsch, Verwaltungsgesetze für Preußen, Bd.2, 1.Halbbd., Berlin 1932;
- Drews - Wacke Allgemeines Polizeirecht, 6.Aufl., Berlin, Köln 1957;
- Dürig, Günter Die Menschauffassung des Grundgesetzes,
In: JR 52/ 259 - 263;
Die Verwirkung von Grundrechten nach Art.18 des Grundgesetzes,
In: JZ 52/ 513 - 518;
Das Eigentum als Menschenrecht,
In: ZgesStW 109(1953)/ 326 - 350;
"Bedürfnis" und "öffentliches Interesse" als Rechtsbegriffe,
In: JZ 53/ 535 - 537;

Dürig, Günter

Art.2 des Grundgesetzes und die Generalermächtigung zu allgemeinpolizeilichen Maßnahmen,
In: AöR 79(1953/54)/ 57 - 86;

Freizügigkeit,
In: Die Grundrechte, Bd.2, Berlin 1954,
S. 507 - 534 (zit.: GR II);

Zurück zum klassischen Enteignungsbegriff,
In: JZ 54/ 4 - 12;

Zum hessischen Sozialisierungsproblem,
In: DÖV 54/ 129 - 131;

Nochmals zur Problematik von Art.2 Abs.1 GG,
In: NJW 54/ 1394 - 1395;

Art.9 Grundgesetz in der Kartellproblematik,
In: NJW 55/ 729 - 733;

Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde,
In: AöR 81(1956)/ 117 - 157;

Grundrechte und Zivilrechtsprechung,
In: Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen
Verfassung, Festschrift für Hans Nawiasky,
München 1956, S.157 - 190;

Echterhölter, Rudolf

Die Europäische Menschenrechtskonvention in
der juristischen Praxis,
In: JZ 56/ 142 - 146;

Erlar, Georg

Freiheit und Grenze berufsständischer Selbstverwaltung, Göttingen 1952;

Ermacora, Felix

Das besondere Gewaltverhältnis in der österreichischen Rechtsordnung,
In: DÖV 56/ 529 - 532;

Eyermann - Fröhler

Verwaltungsgerichtsgesetz, Kommentar,
München, Berlin 1950;

Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar,
München, Berlin 1960;

Fechner, Erich

Die Bedeutung der Gesellschaftswissenschaft für die Grundfragen des Rechts,
In: Soziologie und Leben, hrsg. v. Carl Brinkmann, Tübingen 1952, S. 102 - 125;

Die soziologischen Grenzen der Grundrechte,
Tübingen 1954;

Fischbach, Oskar G.

Bundesbeamtengesetz, Kommentar, 2.Aufl.
Köln, Berlin 1956;

Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums,
In: DVBl 51/ 99 - 105;

Fleiner, Fritz

Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 4.Aufl., Tübingen 1919;

Flume, Werner

Steuerwesen und Rechtsordnung,
In: Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festschrift für R. Smend, Göttingen 1952, S.59-100

- Forsthoff, Ernst Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart, Berlin 1938;
Über Maßnahmegesetze,
In: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für W. Jellinek, München, Berlin 1958;
Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, Stuttgart 1959;
Die Umbildung des Verfassungsgesetzes,
In: Festschrift für Carl Schmitt, Berlin 1959, S. 35 - 62;
- Franzen, Wilhelm Lehrkommentar zum Polizeiverwaltungsgesetz, Greifswald 1932;
- Freudenberger, Georg Beiträge zur Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis im öffentlichen Recht,
In: Annalen des Deutschen Reiches 1931, S. 163 - 208;
- Freudenthal, B. Der Strafvollzug als Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechts,
In: ZgesStrW 32(1911)/ 222 - 248;
- Freyer, Hans Theorie des gegenwärtigen Zeitalters, Stuttgart 1955;
Die Idee der Freiheit im technischen Zeitalter,
In: Festschrift für Carl Schmitt, Berlin 1959, S. 63 - 70;
- Friedrichs, Karl Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931, Berlin 1931;
- Friesenhahn, Ernst Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht nach dem Bonner Grundgesetz,
In: DV 49/ 478 - 485;
- Füßlein, Rudolf W. Versammlungsgesetz, Kommentar, Berlin, Frankfurt 1954;
Vereins- und Versammlungsfreiheit,
In: Die Grundrechte, Bd. 2, Berlin 1954, S. 425 - 455;
- Gaul, Dieter Muß der Unterhaltspflichtige bei Arbeitslosigkeit auch eine berufsfremde Tätigkeit aufnehmen?
In: MDR 55/ 329 - 332;
- Geiger, Willi Die Verfassungsbeschwerde nach dem Gesetz über das Bundesverfassungsgericht v. 12.3.1951,
In: BAnz 52/ Nr. 30 S. 6 - 7;
Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, Kommentar, Berlin, Frankfurt 1952;
- Gerber, Hans Die Rechtsgestalt der Universität im Zusammenhang des staatlichen Lebens, Stuttgart 1933;
Grundfragen des akademischen Disziplinarrechts,
In: DVBl 55/ 480 - 485;

- Gernandt, Otto Die negative Koalitionsfreiheit,
In: Der Arbeitgeber 1954/ 154 - 156;
- v.Gierke, Otto Artikel "Juristische Personen",
In: Holtzendorffs Rechtslexikon, Bd.2, 3.Aufl.
Leipzig 1881, S. 418 - 423;
- Giese, Friedrich Allgemeines Verwaltungsrecht, 2.Aufl. Tübingen 1948;
Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland,
Kommentar, 4.Aufl. Frankfurt 1955;
- Grabendorff, W. Ist die Frage nach der Parteizugehörigkeit
eines Beamten zulässig?
In: ZBR 55/ 48 - 49;
- Greiner, Gottfried Wiederbelebung des klassischen Enteignungs-
begriffs,
In: DÖV 54/ 583 - 587;
- Grewe, Wilhelm Die politische Treupflicht der Angehörigen des
öffentlichen Dienstes, Rechtsgutachten,
In: Politische Treupflicht im öffentlichen
Dienst, hrsg. vom Deutschen Bund für Bürger-
rechte, Frankfurt 1951, S. 35 - 64;
- Grube, Harald Zum Begriff des besonderen Gewaltverhältnisses
im öffentlichen Recht, jur. Diss. Kiel 1957;
- Gut, Fritz Polizei oder Recht der öffentlichen Ordnung
und Sicherheit,
In: DÖV 49/ 436 - 467;
- Haas, Diether Eigentum und Enteignung,
In: MDR 51/ 650 - 653;
Freie Entfaltung der Persönlichkeit,
In: DÖV 54/ 70 - 72;
- Hamann, Andreas Zur Rechtsprechung zu den Artikeln 2 und 3 des
Bonner Grundgesetzes,
In: DÖV 52/ 132 - 135;
Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, Heidel-
berg 1953;
Die Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung im
wirtschaftlichen Bereich,
In: BB 55/ 105 - 107;
Berufsordnungsgesetze und Grundgesetz,
In: BB 55/ 293 - 295;
Das Grundgesetz, Kommentar,
Berlin, Neuwied, Darmstadt 1956;
Die "verfassungsmäßige Ordnung",
In: BB 57/ 229 - 231;
Deutsches Wirtschafts-Verfassungsrecht,
Neuwied, Berlin, Darmstadt 1958;
- Hamel, Walter Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rech-
staat, Berlin 1957;

- Hammer, W. Residenzpflicht und Grundrechte,
In: ZBR 53/ 216 - 218;
- Häntzschel, Kurt Das Recht auf freie Meinungsäußerung,
In: HdbDStR II, Tübingen 1932, S.651 - 675;
- Hatschek, Julius Lehrbuch des deutschen und preußischen Ver-
waltungsrechts, 6.Aufl., Leipzig 1927;
- Haußleiter, Otto Beruf und Gewerbe nach dem Bonner Grundgesetz,
In: DÖV 52/ 496 - 499;
- Heckel, Hans Die Grenzen der Schulgewalt,
In: RdJ 54/ 3 - 6, 23 - 26, 53 - 55;
- Helfritz, Hans Allgemeines Staatsrecht, 5.Aufl. 1949;
- Heller, Hermann Der Begriff des Gesetzes in der Reichsver-
fassung,
In: VVDStRL 4(1928)/ 98 - 135;
- Herrnritt, Rudolf H. Grundlehren des Verwaltungsrechts, Tübingen
1921;
- Hettlage, Karl M. Artikel "Anstalt",
In: Staatslexikon, Bd.1, Freiburg 1957, Sp.
351 - 354;
- v.d.Heydte, Friedrich Formen der Gesamtgliederung und Ordnung der
August Gesellschaft,
In: Handbuch der Soziologie, hrsg. v.Werner
Ziegenfuß, Bd.2, Stuttgart 1956, S.815 -840;
- Hirsch, E. E. Artikel "Gebaren",
In: Wörterbuch der Soziologie, hrsg. v.Wil-
helm Bernsdorf und Friedrich Bülow, Stutt-
gart 1955, S.148;
Artikel "Ordnung",
In: Wörterbuch der Soziologie, S.358;
- Huber, Ernst-Rudolf Bedeutungswandel der Grundrechte,
In: AöR 23(1933)/ 1 - 98;
Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd.1, 2.Aufl.,
Tübingen 1953;
Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht,
In: DÖV 56/ 135 - 143;
- Huber, Eugen Über die Realien der Gesetzgebung,
In: Zeitschrift für Rechtsphilosophie, Bd.1,
Leipzig 1914, S. 39 - 94;
- Huber, Hans Niedergang des Rechts und Krise des Rechts-
staats,
In: Demokratie und Rechtsstaat, Festgabe für
Giacometti, Zürich 1953, S. 59 - 88;
- Hufnagel, Franz Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der ameri-
kanischen und britischen Zone, Berlin,
München 1950;
- Hurst, Karl Gemeindeeinrichtungen,
In: Hdb der kommunalen Wissenschaft und Praxis,
Bd.2, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1957,
S. 833 - 900;

- Imboden, Max Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, Basel, Stuttgart 1954;
- Ipsen, Hans Peter Enteignung und Sozialisierung,
In: VVDStRL 10(1952)/ 74 - 123;
Rechtsfragen der Investitionshilfe,
In: AöR 78(1952/53)/ 284 - 334;
Gleichheit,
In: Die Grundrechte, Bd.2, 1954, S. 111 - 198;
(zit.: GR II);
- Jacobi, Erwin Die Verwaltungsverordnungen,
In: HbDStR, Bd.2, Tübingen 1932, S.225 - 263;
- Jacobi, Ludwig Die Rechtsstellung des Strafgefangenen,
In: ZgesStrW 50(1930)/ 376 - 405;
- Jahrreiß, Hermann Gesetz und Recht - Recht und Gesetz,
In: NJW 50/ 3 - 6;
- Jebens, A. W. Polizeiliche Gemeindegastalten,
In: PrVBl 22(1900/1901)/ 329 - 334;
- Jellinek, Georg System der subjektiven öffentlichen Rechte,
2.Aufl., Tübingen 1905, (zit.: System);
Gesetz und Verordnung, Anastatischer Neudruck
der Ausgabe von 1887, Tübingen 1919;
- Jellinek, Walter Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeits-
erwägungen, Tübingen 1913;
Verwaltungsrecht, 3.Aufl., Offenburg 1948;
Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der ameri-
kanischen Zone,
In: DRZ 48/ 269 - 273;
- Jerusalem, Franz W. Soziologie des Rechts, Bd.1: Gesetzmäßigkeit
und Kollektivität, Jena 1925;
Das Verwaltungsrecht und der neue Staat,
In: Festschrift für Rudolf Hübner, Jena 1935;
Das Recht der öffentlichen Anstalt,
In: Deutsches Verwaltungsrecht, hrsg. v.Hans
Frank, München 1937, S.282 - 299;
Die Grundrechte des Bonner Grundgesetzes und
ihre Durchsetzung in der Rechtsprechung,
In: SJZ 50/ Sp. 1 - 8;
- Jèze, Gaston Das Verwaltungsrecht der französischen Repu-
blik, Tübingen 1913;
- Kägi, Werner Persönliche Freiheit, Demokratie und Föderalismus
In: Freiheit des Bürgers im schweizerischen
Recht, Festgabe zur 100-Jahrfeier der Bundes-
verfassung, Zürich 1948, S. 53 - 74;
- Kahn, Paul Das besondere Gewaltverhältnis im öffentlichen
Recht, jur. Diss., Heidelberg 1912;
- Kalisch, Werner Erbbegräbnisrechte,
In: DVBl 52/ 620 - 623;

- Kalisch, Werner Grundrechte und Berufsbeamtentum nach dem Bonner Grundgesetz,
In: AöR 78(1952/53)/ 334 - 354;
- Kaufmann, Erich Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie,
Tübingen 1921;
Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art.109 der Reichsverfassung,
In: VVDStRL 3(1927)/ 2 - 24;
Diskussionsbeitrag auf der Tagung des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten,
In: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, Frankfurt 1952, S. 174 - 175;
(zit.: Übertragung);
Rechtsgutachten zum Vertrag über die Gründung der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft und zum Deutschlandvertrage,
In: Der Kampf um den Wehrbeitrag, Bd.2, 2.Halbbd. München 1953, S. 42 - 71;
- Keiter, Friedrich Grundformen gesellschaftlich-kultureller Lebensvorgänge,
In: HdbdSoziologie, Bd.2, 1956, S. 716 - 780;
- Kelsen, Hans Reine Rechtslehre, Leipzig, Wien 1934;
- Klausener-Kerstiens Das Polizeiverwaltungsgesetz vom 1.Juni 1931,
-Kemper Berlin 1931;
- Klein, Friedrich Tragweite der Generalklausel im Art.19 Abs.4 des Bonner Grundgesetzes,
In: VVDStRL 8(1950)/ 67 - 125;
Von der Zulässigkeit zur Unzulässigkeit rückwirkender Steuergesetze,
In: StW 54/ 2 - 43;
- Kleinrahm, Kurt Bedürfnisprüfung und Grundgesetz,
In: DV 49/ 537 - 541;
- Klinger, Hans Die Verordnung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der brit. Zone, 2.Aufl., Göttingen 1953;
- Köhl, Guido Die besonderen Gewaltverhältnisse im öffentlichen Recht, jur. Diss. Zürich 1955;
Zur Frage des besonderen Gewaltverhältnisses,
In: ZBR 57/ 97 - 124;
- Koehler, Alexander Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar,
Berlin, Frankfurt 1960;
- Koehler - Jansen Die Bundesrepublik, Köln, Berlin 1953;
- Koellreutter, Otto Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin 1936;
Deutsches Staatsrecht, Stuttgart, Köln 1936;
- v.Köhler, Ludwig Grundlehren des Deutschen Verwaltungsrechts,
2.Neudruck, Stuttgart, Berlin 1936, (zit.: Grundlehren);

- Kormann, Karl Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts,
In: Annalen des Deutschen Reiches 1911, S. 850 - 922; Annalen des Deutschen Reiches 1912, S. 36 - 51; 114 - 129; 195 - 218;
Artikel "Öffentliche Anstalt",
In: WBStVR, Bd.III, Tübingen 1914, S. 1 - 4;
- Kormann - List Einführung in die Praxis des Deutschen Verwaltungsrechts, 2.Aufl., Tübingen 1930;
- Köttgen, Arnold Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt,
In: VVDStRL 6(1929)/ 105 - 143;
Art.114 und 115. Freiheitsschutz und Wohnungsschutz in ihrem Verhältnis zu Gesetzgebung und Verwaltung,
In: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd.1, 1929, S. 348 - 367, (zit.: GR u.GPf I);
Deutsches Universitätsrecht, Tübingen 1933;
Deutsche Verwaltung, 3.Aufl., Berlin 1944;
Subvention als Mittel der Verwaltung,
In: DVBl 53/ 485 - 491;
Grundgesetz und Beamtenrecht,
In: Recht-Staat-Wirtschaft, Bd.4, Düsseldorf 1953, S. 227 - 246, (zit.: RSW IV);
Das Beamtenurteil des Bundesverfassungsgerichts,
In: AöR 79(1953/54)/ 350 - 368;
Die Freiheit der Wissenschaft und die Selbstverwaltung der Universitäten,
In: Die Grundrechte, Bd.2, 1954, S. 291 - 329, (zit.: GR II);
Die Meinungsfreiheit des Soldaten,
In: Von den Grundrechten des Soldaten, München 1957, S. 47 - 69;
Die Organisationsgewalt,
In: VVDStRL 16(1958)/ 154 - 190;
- Kratzer, Jacob Art. 142 des Grundgesetzes und die Grundrechte in der Bayerischen Verfassung,
In: Verfassung und Verwaltung, Festschrift für Wilhelm Laforet, München 1952, S. 107 - 140;
- v.Krauss, Rupprecht Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Hamburg 1955;
- Krüger, Herbert Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, Göttingen 1950;
Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz,
In: DVBl 50/ 625 - 629;

- Krüger, Herbert Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung,
In: Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festschrift für R.Smend, Göttingen 1952, S.211 - 241;
Rechtsgutachten über die Frage: Sind die deutschen Universitäten kraft ihrer Anstaltsgewalt berechtigt, den Studierenden die Austragung von Bestimmungsmensuren zu verbieten und sie im Falle der Zuwiderhandlung gegen dieses Verbot zu bestrafen? Erstattet Hamburg 1953, gedruckt Bonn 1953;
Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten,
In: DVBl 53/ 97 - 101;
Der Verwaltungsrechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis,
In: NJW 53/ 1369 - 1373;
Neues zur Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung und deren Schranken,
In: NJW 55/ 201 - 204;
Der Wesensgehalt der Grundrechte i.S. des Art.19,
In: DÖV 55/ 597 - 602;
Das besondere Gewaltverhältnis,
In: VVDStRL 15(1957)/ 109 - 132;
Verfassungslehre,
In: Die Verwaltung, hrsg. v.Friedrich Giese, Heft 9, 4.Aufl., Braunschweig 1957;
- Krüger, Hildegard Die Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis,
In: ZBR 56/ 309 - 312;
Grundrechtsausübung durch Jugendliche (Grundrechtsmündigkeit) und elterliche Gewalt,
In: FamRZ 56/ 329 - 335;
- Laband, Paul Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd.1, Tübingen 1876, 3.Aufl., Freiburg, Leipzig 1895;
- Lassally, Oswald Schranken der Grundrechte,
In: MDR 53/ 76 - 77;
- Laufke, Franz Vertragsfreiheit und Grundgesetz,
In: Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20.Jahrhunderts, Festschrift für H.Lehmann, Berlin, Frankfurt, Tübingen 1956, Bd.1, S.145 - 188;
- Laun, Rudolf Allgemeine Rechtsgrundsätze,
In: Beiträge zur Kultur- und Rechtsphilosophie, Festgabe für Gustav Radbruch, Heidelberg 1948, S. 117 - 138;
- Leibholz, Gerhard Die Gleichheit vor dem Gesetz und das Bonner Grundgesetz,
In: DVBl 51/ 193 - 200;
Die Gleichheit vor dem Gesetz,
2.Aufl. München, Berlin 1959;

- Leipziger Kommentar Kommentar zum Strafgesetzbuch,
Bd.2, 8.Aufl. Berlin 1957;
- Leisner, Walter Die schutzwürdigen Rechte im besonderen Gewaltverhältnis,
In: DVBl 60/ 617 - 626;
- Lerche, Peter Wehrrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit,
In: DVBl 54/ 626 - 632;
- Löffler, Martin Private Wirtschaftswerbung durch öffentliche Rundfunkanstalten?
In: BB 56/ 729 - 732;
Darf die Verwaltung in das Grundrecht der Pressefreiheit eingreifen?
In: DÖV 57/ 897 - 900;
- v.Mangoldt, Hermann Grundrechte und Grundsatzfragen des Bonner Grundgesetzes,
In: AöR 75(1949)/ 273 - 290;
Die Grundrechte,
In: DÖV 49/ 261 - 263;
Ist eine Zwangsmitgliedschaft bei Berufs- und Wirtschaftsverbänden mit dem Grundgesetz vereinbar?
In: BB 51/ 621 - 622;
Das Bonner Grundgesetz, Kommentar,
Berlin, Frankfurt 1953;
- v.Mangoldt - Klein Das Bonner Grundgesetz, Kommentar,
Bd.1, 2.Aufl., Berlin, Frankfurt 1957;
- Mann, Siegfried Grundrechte und militärisches Statusverhältnis
In: DÖV 60/ 409 - 416;
- Marcic, René Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, Wien 1957;
- Matz, Werner Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes,
In: Jahrbuch des öffentlichen Rechts, NF Bd. 1 (1951), S. 1 - 346;
- Maunz, Theodor Verwaltung, Hamburg 1937;
Starke und schwache Normen in der Verfassung,
In: Verfassung und Verwaltung, Festschrift für Wilhelm Laforet, München 1952, S.141-154;
Das Recht der öffentlichen Sachen und Anstalten
In: Die Verwaltung, hrsg. v.Friedrich Giese, Heft 11, 4.Aufl., Braunschweig 1957;
Deutsches Staatsrecht, 7.Aufl., München, Berlin 1958;
- Maunz - Dürig Grundgesetz, Kommentar,
Lieferung 1-4, München, Berlin 1961;
- Mayer, Otto Theorie des französischen Verwaltungsrechts, Straßburg 1886;
Deutsches Verwaltungsrecht, Leipzig 1895, 2.Aufl., Bd.1, München, Leipzig 1914, Bd.2 München, Leipzig 1917, 3.Aufl.München, Leipzig 1924;

- Menger, Christian
Friedrich System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954;
Das Gesetz als Norm und Maßnahme,
In: VVDStRL 15(1957)/ 3 - 34;
Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht,
In: VerwArch 57/ 262 - 275;
Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit,
In: Die Grundrechte, Bd.3, 2.Halbbd., Berlin 1959, S. 717 - 781, (zit.: GR III/2);
- Menzel, Eberhard Das Ende der institutionellen Garantien,
In: AöR 28(1937)/ 32 - 76;
- Merkel, Adolf Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien, Berlin 1927;
Idee und Gestalt der politischen Freiheit,
In: Demokratie und Rechtsstaat, Festgabe für Giacometti, Zürich 1953, S. 163 - 194;
- Meyer, Karl Der Rechtsschutz der Grundrechte im Wehrdienst,
In: DÖV 54/ 66 - 70;
- Meyer - Anschütz Lehrbuch des deutschen Staatsrechts,
7.Aufl., München, Leipzig 1910;
- Meyer-Cording,
Ulrich Die Rückwirkung von Gesetzen,
In: JZ 52/ 161 - 167;
- Meyer - Doehow Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts,
3.Aufl., Leipzig 1910;
- Mittermaier, Wolfg. Gefängniskunde, Berlin, Frankfurt 1954;
- Müller-Heidelberg,
Klaus Zur Problematik der kommunalen Verfassungsgesetzgebung,
In: DVBl 53/ 129 - 132;
Das Niedersächsische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung, Kommentar, 2. Aufl. bearb. von H.W.Claus, Hannover 1956;
- Münch, Fritz Die Menschenwürde als Grundforderung unserer Verfassung, Bonn 1951;
- v.Münch, Ingo Freie Meinungsäußerung und besonderes Gewaltverhältnis, jur.Diss. Frankfurt 1957;
Die Grundrechte des Strafgefangenen,
In: JZ 58/ 73 - 76;
- Naumann, Richard Grundlagen und Grenzen der Berufsfreiheit,
In: JZ 51/ 423 - 432;
- Nawiasky, Hans Deutsches und österreichisches Postrecht, Wien 1909;
Forderungs- und Gewaltverhältnis,
In: Festschrift für Zitelmann, München, Leipzig 1913, 4.Beitrag der 3.Abteilung, 36 Seiten;
Allgemeine Rechtslehre,
2.Aufl., Einsiedeln, Zürich, Köln 1948;

- Nawiasky, Hans Positives und überpositives Recht,
In: JZ 54/ 717 - 719;
- Nebinger, Robert Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil,
2.Aufl., Stuttgart 1949;
- Nikisch, Arthur Arbeitsrecht, Bd.1, 2.Aufl., Tübingen 1955;
- Nipperdey, Hans Carl Gewerbefreiheit der öffentlichen Hand?
In: BB 51/ 593 - 596;

Die soziale Marktwirtschaft in der Verfas-
sung der Bundesrepublik, Karlsruhe 1954;
Die soziale Marktwirtschaft in der Verfas-
sung der Bundesrepublik,
In: WuW 54/ 211 - 226;

Die Würde des Menschen,
In: Die Grundrechte, Bd.2, Berlin 1954,
S. 1 - 50, (zit.: GR II);
- Obermayer, Klaus Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung,
Stuttgart, München, Hannover 1956;
- Oeltze, Gerhard Funktionen und Grenzen der Anstaltsgewalt,
jur.Diss., Köln 1954;
- Oppermann, Thomas Gaststättenbedürfnis und Grundrechtsauslegung,
In: AöR 80(1955/56)/ 470 - 475;
- Parlamentarischer Rat Stenographischer Bericht über die Sitzungen
des Plenums, Bonn 1948/49;

Formulierungen der Fachausschüsse, des All-
gemeinen Redaktionsausschusses und des Ple-
nums, Bonn 1948/49, (zit.: Entwürfe);

Verhandlungen des Hauptausschusses, Bonn
1948/49;
- Pentz, Adolf Zweifelsfragen bei der zwangsweisen Unter-
bringung,
In: NJW 53/ 133 - 134;
- Peters, Hans Lehrbuch der Verwaltung,
Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949;

Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als
Verfassungsziel,
In: Gegenwartsprobleme des internationalen
Rechts und der Rechtsphilosophie, Festschrift
für Rudolf Laun, Hamburg 1953, S. 669 - 678;

Buchbesprechung (Drews-Wacke: Allgemeines
Polizeirecht),
In: ZgesStW 110(1954)/ 563 - 565;

Die Zuständigkeit des Bundes im Rundfunkwesen,
Berlin, Göttingen, Heidelberg 1954;
- Pioch, Hans-Hugo Das Polizeirecht einschließlich der Polizei-
organisation, Tübingen 1952;

- Preuß, Hugo Diskussionsbeitrag auf der 41. Sitzung des 8. Ausschusses der Verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung am 17. Juni 1919, In: Berichte und Protokolle des 8. Ausschusses über den Entwurf einer Verfassung des Deutschen Reiches, Berlin 1919, S. 504 - 505;
- Radbruch, Gustav Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Leipzig 1932; Die Natur der Sache als juristische Denkform, In: Festschrift für Rudolf Laun, Hamburg 1948, S. 157 - 176;
- Redeker, Konrad Grenzen des allgemeinen staatlichen Inquisitionsrechts, In: DÖV 54/ 109 - 111;
- Redelberger, Die Verfassungsbeschwerde, In: NJW 53/ 361 - 365;
- Reichard, Hans Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen, Berlin, Köln 1956;
- Reiff, Hermann Polizeigesetz für Baden-Württemberg, Stuttgart, München, Hannover 1956;
- Reinach, Adolf Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts, In: Gesammelte Schriften, Halle/Saale 1921, S. 166 - 350;
- Reinhardt, Rudolf Universität und Staat, Marburg 1951;
- Reuß, W. Der "numerus clausus" im Gewerberecht und für freie Berufe, NJW 51/ 777 - 779;
- Reuter, Albert Schulordnung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, In: DÖV 54/ 305 - 307; Rechtsfragen um die Schulordnung, In: BayVBl 56/ 227 - 230;
- Rietdorf, Fritz Kommentar zum Ordnungsbehördengesetz von NRW, Stuttgart, München, Hannover 1957;
- Roemer, Walter Die neue Wehrverfassung, In: JZ 56/ 193 - 198;
- Rhode-Liebenau, Grundrechte und Polizei, Wolfram In: DÖV 57/ 472 - 474;
- Röhl, Hellmut Der Rechtsschutz des Strafgefangenen, In: JZ 54/ 65 - 70;
- Rosin, Heinrich Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen, Berlin 1895;
- Ruck, Erwin Schweizerisches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 3. Aufl., Zürich 1951;
- Saage, Erwin Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen, In: JR 56/ 282 - 284; Freiheitsentziehungsverfahren, München, Berlin 1958;

- Scheuner, Ulrich Die Auswanderungsfreiheit in der Verfassungsgeschichte und im Verfassungsrecht Deutschlands, In: Festschrift für Richard Thoma, Tübingen 1950, S. 199 - 224;
- Grundfragen des modernen Staates, In: Recht-Staat-Wirtschaft, Bd.3, Düsseldorf 1951, S. 126 - 165, (zit.: RSW III);
- Ausländische Erfahrungen zum Problem der Übertragung rechtsetzender Gewalt, In: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, Frankfurt 1952, S. 118 - 166, (zit.: Übertragung);
- Der Bereich der Regierung, In: Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festschrift für Rudolf Smend, Göttingen 1952, S. 253 - 301;
- Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes, In: Recht-Staat-Wirtschaft, Bd.4, Düsseldorf 1953, S. 88 - 119, (zit.: RSW IV);
- Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, In: VVDStRL 11(1954)/ 1 - 74;
- Grundlagen und Art der Enteignungsentschädigung, In: Reinhardt-Scheuner, Verfassungsschutz des Eigentums, Tübingen 1954, S. 63 - 162;
- Die Abgrenzung der Enteignung, In: DÖV 54/ 587 - 592;
- Grundrechtsinterpretation und Wirtschaftsordnung, In: DÖV 56/ 65 - 70;
- Handwerksordnung und Berufsfreiheit, Alfeld 1956;
- Schmitt, Carl Verfassungslehre, München, Leipzig 1928;
- Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, In: HbDStR Bd.2, Tübingen 1932, S. 572 - 606;
- Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburg 1934;
- Schnur, Roman Die Krise des Begriffs der services publics im französischen Verwaltungsrecht, In: AöR 79(1953/54)/ 418 - 430;
- Schönke - Schröder Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9.Aufl., Berlin, München 1959;
- Scholtissek, Herbert Innere Grenzen der Freiheitsrechte, In: NJW 52/ 561 - 563;
- Schunck - De Clerk Das Landesgesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit für Rheinland-Pfalz, Siegburg, St.Goar 1952

- Schwarz, Anmerkung zum Urteil des Landesverwaltungsgerichts Hannover vom 25.3.1954, NJW 54/ 1742 - 1743;
- Senger - Kurzmann Kommentar zum Ordnungsbehördengesetz, Köln 1957;
- Sieg, Harald Das Recht der Gewerbezulassung und Art.12 Grundgesetz,
In: DVBl 50/ 197 - 200;
- Smend, Rudolf Das Recht der freien Meinungsäußerung,
In: VVDStRL 4(1928)/ 44 - 74;
Verfassung und Verfassungsrecht,
München, Leipzig 1928;
- Sperrlich, Otto Öffentlich-rechtlich und privatrechtlich betriebene Gemeindeanstalten und Einrichtungen,
In: Annalen des Deutschen Reiches 1931, S.17 - 112;
- Stier-Somlo, Fritz Der verwaltungsgerichtliche Schutz des Bürger- und Einwohnerrechts in Preußen,
In: VerwArch 1904/ S.354 - 546;
Artikel "Gemeindeanstalten",
In: HWBdRW, Bd.2, Berlin 1927, S.673 - 677;
Art.109, Gleichheit vor dem Gesetz,
In: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd.1, Berlin 1929, S. 158 - 218, (zit.: GR u.GPf I);
- Tatarin-Tarnheyden Diskussionsbeitrag,
In: VVDStRL 6(1929)/ 155 - 157;
- Thieme, Werner Deutsches Hochschulrecht, Berlin, Köln 1956;
Die besonderen Gewaltverhältnisse,
In: DÖV 56/ 521 - 529;
Tagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer in Mainz am 11.und 12.Oktober 1956,
In: DVBl 57/ 12 - 15;
- Thoma, Richard Der Polizeibefehl im Badischen Recht, Tübingen 1901
Der Vorbehalt des Gesetzes im preußischen Verfassungsrecht,
In: Festgabe für Otto Mayer, Tübingen 1916, S. 167 - 221;
Grundrechte und Polizeigewalt,
In: Verwaltungsrechtliche Abhandlungen, Festgabe zur Feier des 50-jährigen Bestehens des ProVG, Berlin 1925, S. 183 - 223;
Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen,
In: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd.1, Berlin 1929, S. 1 - 53, (zit.: GR u.GPf I);

- Thoma, Richard Grundbegriffe und Grundsätze,
In: HdbDStR Bd.2, Tübingen 1932, S.108 - 159;
Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip
der Gesetzmäßigkeit von Verwaltung und
Rechtsprechung,
In: HdbDStR Bd.2, Tübingen 1932, S.221 - 236;
Niederlassungsfreiheit der Rechtsanwälte
nach dem Grundgesetz?
In: AöR 75(1949)/ 363 - 360;
Über die Grundrechte im Grundgesetz für die
Bundesrepublik Deutschland,
In: Recht-Staat-Wirtschaft, Bd.3, Düsseldorf
1951, S. 9 - 19, (zit.: RSW III);
- Tietgen, Walter Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakte,
In: NJW 56/ 1129 - 1134;
- v.Turegg, Kurt Egon Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
2.Aufl., Berlin 1954;
- Über, Gisbert Freiheit des Berufs, Hamburg 1952;
Die neueste Entwicklung der Rechtsprechung des
Bundesverwaltungsgerichts zur Bedürfnisprüfung
In: GewArch 55/ 57 - 59;
- Ule, Carl Hermann Das besondere Pflichtverhältnis und der Wandel
der Staatsidee,
In: RVBl 34/ 649 - 655;
Gerichtlicher Rechtsschutz im Beamtenrecht,
Berlin, Köln, Detmold, München 1951;
Das besondere Gewaltverhältnis,
In: VVDStRL 15(1957)/ 133 - 185;
- Verfassungsausschuß der Ministerpräsidenten-Konferenz der westli-
chen Besatzungszonen. Bericht über den Ver-
fassungskongress auf Herrenchiemsee vom 10.-
23.August 1948, München 1948, (zit.:HChEnt-
wurf);
- Verwaltungsgerichts- ordnung für Württemberg. Entwurf eines Geset-
zes mit Begründung, Stuttgart 1931;
- Vierkanth, Alfred Kleine Gesellschaftslehre, Stuttgart 1949;
- Wacke, Gerhard Zur Neugestaltung des Beamtenrechts,
In: AöR 76(1950/51)/ 385 - 434;
- Waldecker, Ludwig Die Anstaltspolizei,
In: Annalen des Deutschen Reiches 1915,
S. 290 - 353;
- Weber, Werner Weimarer Verfassung und Bonner Grundgesetz,
Göttingen 1949;
Die Rechtsstellung des deutschen Hochschul-
lehrers, Göttingen 1952;
Eigentum und Enteignung,
In: Die Grundrechte, Bd.2, Berlin 1954,
S. 331 - 399, (zit.: GR II);

- Weber, Werner Artikel "Juristische Personen des öffentlichen Rechts",
In: HWBdSozW Bd.5, Göttingen 1956, S. 449 - 452;
Diskussionsbeitrag,
In: VVDStRL 15(1957)/ 186 - 192;
Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem,
In: Festschrift für Carl Schmitt, Berlin 1959, S. 253 - 272;
- Wende, Erich Grundlagen des preußischen Hochschulrechts, Berlin 1930;
- Wenzel, Max Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung,
In: VVDStRL 4(1928)/ 136 - 167;
- Wehrhahn, Herbert Das Gesetz als Norm und Maßnahme,
In: VVDStRL 15(1937)/ 35 - 65;
Systematische Vorfragen einer Auslegung des Art.2 Abs.1 des Grundgesetzes,
In: AöR 82(1957)/ 250 - 274;
- Werner, Fritz Bemerkungen zum Verhältnis von Grundrechtsordnung, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit,
In: JZ 54/ 557 - 561;
Die Zuständigkeit des Bundes für ein Bundesbaugesetz,
In: DVBl 54/ 481 - 485;
- Wertenbruch, Der Grundrechtsbegriff und Art.2 Abs.1 GG,
In: DVBl 58/ 481 - 486;
- Wille, Franz U. Die Anstaltsgewalt des Schweizerischen Heeres, jur.Diss., Zürich 1934;
- Windmann, Hans Die Grundrechte im Beamtenverhältnis, jur.Diss., Münster 1959;
- Wintrich, Josef M. Über Eigenart und Methode verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung,
In: Verfassung und Verwaltung, Festschrift für Wilhelm Laforet, München 1952, S. 227 - 249;
Die Rechtsprechung des bayerischen Verfassungsgerichtshofes,
In: Recht-Staat-Wirtschaft, Bd.4, Düsseldorf 1953, S. 139 - 170, (zit.: RSW IV);
Zur Problematik der Grundrechte, Köln, Opladen 1957, (zit.: Problematik);
Die Bedeutung der "Menschenwürde" für die Anwendung des Rechts,
In: BayVBl 57/ 137 - 140;
Zur Auslegung und Anwendung des Art.2 Abs.1 GG,
In: Staat und Bürger, Festschrift für Willibalt Apelt, München, Berlin 1958, S. 1 - 11;

Wolff, Hans J.

Über die Gerechtigkeit als principium juris,
In: Festschrift für W.Sauer, Berlin 1949,
S. 103 - 120;

Aufgaben und Organisation der Polizei- und
Ordnungsverwaltung in systematischer und rechts-
philosophischer Hinsicht,

In: Polizeirecht im neuen Deutschland. Bericht
über die 2.Arbeitstagung für Polizeichefs vom
26. - 28. 4. 1949 im Polizei-Institut Hiltrup
(Westf.), Münster 1949, S. 14 - 27;

Der Unterschied zwischen öffentlichem und pri-
vatem Recht,

In: AöR 76(1950/51)/ 205 - 217;

Das Verfahren bei Freiheitsentziehung,

In: DÖV 51/ 313 - 317;

Die Gestaltung des Polizei- und Ordnungsrechts
insbesondere in der britischen Besatzungszone,
In: VVDStRL 9(1952)/ 134 - 180;

Diskussionsbeitrag in der Aussprache über die
Referate von Kaufmann und Drahlf über "Die
Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit",
In: VVDStRL 9(1952)/ 120 - 121;

Anmerkung zum Urteil des Verwaltungsgerichts-
hofes für Württemberg-Hohenzollern vom 26.6.
1952,

In: JZ 53/ 88 - 89;

Anmerkung zum Beschluß des Großen Zivilsenats
des Bundesgerichtshofes vom 11.6.1952,

In: DVBl 53/ 114 - 116;

Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende
Grundentscheidungen als Rechtsquellen,

In: Forschungen und Berichte aus dem öffent-
lichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jel-
linek, München 1955, S. 33 - 52;

Die Rechtsgestalt der Universität,
Köln, Opladen 1956;

Verwaltungsrecht I, 4.Aufl. München, Berlin
1961 (zit.: Wolff, §);

Zeidler, Karl

Zur Problematik von Art.2 Abs.1 GG,
In: NJW 54/ 1068;

Zeidler, Wolfgang

Nochmals: Die "verfassungsmäßige Ordnung",
In: BB 57/ 341 - 343;

Ziegler, Ulrich

Art.12 Abs.1 des Bonner Grundgesetzes und die
Deutsche Bundesbahn,
In: DÖV 55/ 173 - 176;

Zinn - Stein

Die Verfassung des Landes Hessen,
Kommentar, Bd.1, Bad Homburg vor der Höhe,
Berlin 1954;

- Zinser, Anmerkung zu den Urteilen des Oberverwaltungsgerichts Lüneburg vom 9.2.1951 und des Oberverwaltungsgerichts Münster vom 20.9.1950,
In: DÖV 52/ 123;
- Zippelius, Das Verbot übermäßiger gesetzlicher Beschränkung von Grundrechten,
In: DVBl 56/ 353 - 355;
- Zweigert, Konrad Die Verfassungsbeschwerde,
In: JZ 52/ 321 - 328;
- Auswüchse des studentischen Korporationswesens und die Verwaltungsgerichte,
In: JZ 55/ 533 - 535;

Problemstellung

Wohl kaum ein anderer Ausdruck der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft der Gegenwart ist in seiner begrifflichen Handhabung uneinheitlicher und verworrener als der Begriff "öffentliche Anstalt".¹⁾ Krankenhäuser, Schulen, Fürsorgeerziehungsheime, Theater, Banken, Eisenbahnen, Gaswerke, Gefängnisse, Bibliotheken, Bade- und Bedürfnisanstalten und Friedhöfe - um nur einige zu nennen - werden unter diesem Begriff zusammengefaßt. So ist denn auch in jüngster Zeit in zunehmendem Maße an dem überkommenen Anstaltsbegriff Kritik geübt worden.²⁾ Der Begriff der öffentlichen Anstalt wird als die "institutionelle Verkleidung einer behördlichen Verfügungsermächtigung"³⁾ oder als eine durch den Rechtsstaat bedingte "juristische Formel" für die dem unmittelbaren Zugriff des Gesetzgebers entzogenen Beziehungen zwischen Bürger und Staat⁴⁾ gebrandmarkt. Es wird die Forderung erhoben, sich von der öffentlichen Anstalt als einem Allerweltsbegriff⁵⁾ von nivellierender Weite⁶⁾ zu trennen. Das macht erforderlich, zunächst einmal den Anstaltsbegriff, von dem für die Untersuchung ausgegangen werden soll, zu klären.

Dann wird zu prüfen sein, ob die Anstalt über eine Gewalt verfügt, die sich auch gegenüber den Grundrechten der Anstaltsbenutzer durchzusetzen vermag. Die Aktualität dieser Fragestellung mag dadurch beleuchtet werden, daß in den Strafanstalten, die einen "Kulminationspunkt der Polarität zwischen Grundrecht und öffentlichem Status"⁷⁾ darstellen, von der Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde reger Gebrauch gemacht wird.⁸⁾

-
- 1) vgl. Maunz, Das Recht der öffentlichen Sachen und Anstalten, S.21;
 - 2) Jebens stellte schon 1901 fest, daß das Wort 'Anstalt' ebenso unzulänglich wie beliebt sei, so beliebt, daß sein Gebrauch die Annahme nahelege, der ihn Gebrauchende habe sich einer begrifflichen Festlegung des Gewollten gerade entziehen wollen, vgl. PrVB1 22/325;
 - 3) Imboden, Das Gesetz als Garantie, S.14
 - 4) Köttgen, VVDStRL 6/109;
 - 5) Forsthoff, Lehrbuch S.122;
 - 6) Köttgen, VVDStRL 6/110;
 - 7) Köttgen, Die Meinungsfreiheit des Soldaten, S.47;
 - 8) Bis Ende 1953 wurden 135 Verfassungsbeschwerden von Gefangenen erhoben. Sie bezogen sich u.a. auf Hausstrafen, Anhalten von Briefen, Verbot des Paketempfangs, Beschränkungen des Einkaufs,

Die Schwierigkeiten ergeben sich vor allem deshalb, weil mehr noch als der Anstaltsbegriff die Formel: Anstalt gleich besonderes Gewaltverhältnis gleich Einschränkung der Grundrechte im Kreuzfeuer der Kritik steht. Das Institut des besonderen Gewaltverhältnisses wird zum Teil sogar als abgestorben oder zumindest im Absterben begriffen bezeichnet.¹⁾ Zwischen denen, die seine Existenz noch bejahen, besteht ein heftiger Streit über seine Berechtigung. Es wird als "Relikt des Obrigkeitsstaates"²⁾, dessen absolutistischer Ursprung unverkennbar sei,³⁾ ebenso heftig abgelehnt, wie andererseits von den Eigengesetzlichkeiten des besonderen Gewaltverhältnisses als gegeben ausgegangen wird, weil man eingesteht, daß es ein Widersinn wäre, wenn sich der Strafgefangene auf das Grundrecht der Freizügigkeit oder der Schulpflichtige auf die Freiheit der Ausbildungsstättenwahl berufen könnte.⁴⁾

Im Verlauf der Untersuchung wird sich herausstellen, daß in der Tat die überkommene Lehre von der Einschränkung der Rechtsstellung des Bürgers im besonderen Gewaltverhältnis unter der Geltung des Grundgesetzes nicht mehr zu rechtfertigen ist, womit jedoch noch nichts gegen eine Einschränkungsmöglichkeit der Grundrechte im Anstaltsbenutzungsverhältnis gesagt ist, denn das Grundgesetz selbst hat Grundrechtsschranken errichtet.

Die Lösung des Problems wird in dem Gemeinschaftsvorbehalt des Art.2 Abs.1 GG gefunden, wobei sich ergeben wird, daß innerhalb der so unterschiedlichen Gebilde, die unter dem Anstaltsbegriff zusammengefaßt werden, Unterscheidungen getroffen werden müssen. Das Unterscheidungsmerkmal sieht der Verfasser im Anschluß an HANS J.WOLFF darin, ob das jeweilige Anstaltsverhält-

Verlegung in andere Gefängnisse, unzureichende oder verzögerte Zuteilung von Schreibpapier für Eingaben an Gerichte und Behörden, körperliche und seelische Mißhandlungen; nach Röhl, JZ 54/65;

1) Thieme, DVBl 57/15; Köhl, ZBR 57/123f;

2) Becker, VVDStRL 14/65;

3) Imboden, Das Gesetz als Garantie, S.13;

4) Dürig, AöR 81/154; Leisner, DVBl 60/625;

nis einen Sonderstatus begründet, wobei die sonderstatusbegründenden Anstaltsverhältnisse ihrer Zweckbestimmung nach entweder ordnungserhaltend oder ordnungsgestaltend und im Grundgesetz institutionalisiert sein müssen.

Da Grundrechtseinschränkungen nicht unbegrenzt zulässig sind, werden im dritten Teil dieser Schrift die sich aus dem Grundgesetz ergebenden Grenzen der Grundrechtsschranken untersucht.

Teil I: Begriffsklärung

=====

1. Abschnitt: Begriff der Anstalt

Was die Formulierung anlangt, so steht eindeutig fest: Die Anstalt ist ein Bestand von Mitteln, sachlichen wie persönlichen, welche in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung einem besonderen öffentlichen Zweck dauernd zu dienen bestimmt sind. Diese inzwischen klassisch gewordene Definition OTTO MAYERS¹⁾ ist auch heute noch Ausgangspunkt einer jeden Erörterung über die Anstalt und muß als herrschend bezeichnet werden.²⁾

Diese Definition ist jedoch unbefriedigend, da sie zu unbestimmt ist und eine scharfe Abgrenzung von anderen Institutionen des Verwaltungsrechts, insbesondere der Behörde, nicht zuläßt. Deshalb ist sie seit jeher Gegenstand heftiger Kritik der Verwaltungsrechtswissenschaft gewesen,³⁾ die im Laufe der nahezu siebzugjährigen Geschichte dieses Anstaltsbegriffs unter Beibehaltung der stereotyp wiederholten Formulierung zu einer inhaltlichen Bedeutungswandlung geführt hat, die auch heute noch nicht abgeschlossen ist. Das soll an Hand einer kurzen Darlegung der Entwicklung aufgezeigt werden, bevor - auf dieser Entwicklung aufbauend - ein eigener Versuch einer Definition gemacht wird.

1. Kapitel: Entwicklung des Anstaltsbegriffs

Um die inhaltliche Wandlung des Anstaltsbegriffs OTTO MAYERS besonders deutlich zu machen, soll auch die Entwicklung, die zu jener klassischen Definition führte, knapp skizziert werden.

1) Deutsches Verwaltungsrecht, Bd.2, S.318; 2.Aufl. S.468; 3.Aufl. S.268;

2) vgl. statt aller neuestens: Hurst, Hdb d. kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd.2 S.844; Hettlage, Staatslexikon, Bd.1 Sp. 351; Becker, HWBSozW, Bd.1 S.208;

3) vgl. Fußnoten 2 - 6 auf Seite 1;

§ 1: Nichttechnischer Begriff

Ursprünglich verband sich mit dem Begriff der Anstalt noch nicht die Vorstellung von einem besonderen Institut des Verwaltungsrechts. Gleichbedeutend wurden die Begriffe "öffentliche Unternehmung" und "öffentliche Veranstaltung" gebraucht. So übertrug etwa § 10 II 17 prALR "die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung" der Polizei oder bestimmte § 1 II 12 prALR: "Schulen und Universitäten sind Veranstaltungen des Staates, welche den Unterricht der Jugend in nützlichen Kenntnissen und Wissenschaften zur Absicht haben." In diesen Vorschriften ist noch nicht von der Anstalt als einer bestimmten Organisationsform die Rede.¹⁾

§ 2: Dualistischer Begriff

Der Schöpfer der noch heute gültigen Definition der Anstalt, OTTO MAYER, empfing die wesentlichen Impulse von der Institution des "service public" des französischen Verwaltungsrechts. In seiner "Theorie des französischen Verwaltungsrechts" übersetzte er erstmals diese Worte mit "Anstalt": "Staatliche Mittel, sächliche wie persönliche, welche zur Erfüllung je eines gewissen öffentlichen Zwecks bestimmt und vereinigt sind, bilden je eine öffentliche Anstalt (service public)".²⁾ Unter diesen Anstaltsbegriff lassen sich noch Handlungsvorgänge und reine Sachbegriffe gemeinsam unterordnen. OTTO MAYER bezeichnet denn auch folgerichtig einen Gottesdienst als Anstalt³⁾ und nennt ein anderes Mal als "Hauptbeispiele" Meeresstrand, Straßen, Flüsse, öffentliche Anlagen und Brunnen.⁴⁾ In diesem Stadium spielt also das Tätigkeitsmoment, das in dem Wort "service" enthalten ist, noch eine Rolle für den Anstaltsbegriff.⁵⁾

-
- 1) Wolff, Die Rechtsgestalt der Universität, S.11; Thieme, Deutsches Hochschulrecht, S.104;
 - 2) Theorie des französischen Verwaltungsrechts, S.225;
 - 3) Ebenda, S.232; vgl. auch prOVG 25/131(139): Nachtwächterdienst ist "Gemeindeanstalt";
 - 4) Theorie des französischen Verwaltungsrechts, S.231;
 - 5) Rein philologisch wäre es ja auch möglich gewesen, das Wort als "öffentlichen Dienst" zu übersetzen. So ist interessant zu se-

§ 3: Statischer Begriff

In seinem "Deutschen Verwaltungsrecht" nahm OTTO MAYER eine Verengung des Begriffs vor, indem er die Anstalt scharf von der Veranstaltung unterschied.¹⁾ Hier bringt er die klassische Definition, die den Schwerpunkt auf den Bestand von Mitteln legt. Im Gegensatz zum französischen Verwaltungsrecht, das noch heute von der Zwiespältigkeit des Begriffs "service public" beherrscht ist,²⁾ waren damit die Weichen für die deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft gestellt.

Der Anstaltsbegriff war aber noch völlig "unbürokratisch", man kann sagen, er war statisch, da als Bestand von Mitteln auch reine Sachinbegriffe bezeichnet wurden, bzw. die Verbindung mit persönlichen Mitteln nicht besonders scharf betont wurde. So sind beispielsweise Landstraßen und Wasserstraßen³⁾, Dorfeber und Zuchtbulle⁴⁾ als Anstalten im Sinne der Definition OTTO MAYERS bezeichnet worden.

Die Formulierung OTTO MAYERS war von der Wissenschaft fast einhellig aufgenommen worden. Unterschiede ergaben sich nur zum Teil durch gewisse Akzentverschiebungen. Einmal wurde die technische Zusammenfassung des Bestandes von Mitteln zu einer Einheit⁵⁾, der "Komplex von technischen Einrichtungen"⁶⁾ betont, während andere größeren Wert auf das Öffentlichkeitsmoment in dem tatsäch-

hen, daß zwei Jahrzehnte später Jéze dem Begriff für das französische Verwaltungsrecht diese Bedeutung beigelegt hat. Nach ihm dient der service public dazu, "die im öffentlichen Interesse liegenden Bedürfnisse zu befriedigen". Er bezeichnet ihn ausdrücklich als "öffentlichen Dienst". Vgl. Das Verwaltungsrecht der französischen Republik, S.41;

- 1) Deutsches Verwaltungsrecht, Bd.2, 3.Aufl., S.268f;
- 2) Nach de Laubadère bezeichnet dieser Begriff die Tätigkeit eines öffentlichen Gemeinwesens und gleichzeitig den Apparat, die Organisation zum Vollzug der staatlichen Tätigkeiten, vgl. Traité élémentaire de droit administratif, S.535; Roman Schnur meint allerdings, das organisatorische Moment gehöre zu dem Begriff der services publics "traditioneller Art" dazu, vgl. AÖR 79/419f;
- 3) Thoma, Polizeibefehl, S.356f; Apelt, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, S.144; pr.OVGE 39/216(219);
- 4) vgl. Stier-Somlo, VerwArch 12/506;
- 5) Fleiner, Institutionen, S.299;
- 6) Herrnritt, Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts, S. 229;

lichen Sinne der Bereitstellung für einen ziffernmäßig nicht bestimmten Kreis von Interessenten¹⁾ oder in dem rechtlichen Sinne der Eingliederung der Anstalt in den Organismus der öffentlichen Verwaltung²⁾ legten.

OTTO MAYER hatte damit die Anstalt als ein spezifisch verwaltungsrechtliches Institut begründet.³⁾

§ 4: Integrierter Begriff

Die erste Wandlung, die der Anstaltsbegriff unter Beibehaltung der bisherigen Formulierung durchmachte, führte zur "Verbürokratisierung" der Anstalt. Der Schwerpunkt verlagerte sich von dem Bestand von Mitteln immer mehr auf die Verbindung von sachlichen mit persönlichen Mitteln. Reine Sachinbegriffe schieden aus dem Anstaltsbegriff aus, weil es an dem persönlichen Substrat fehlte. Diese Grenzziehung ist selbstverständlich nicht ganz scharf, denn auch bei Straßen und Wasserläufen gibt es ein persönliches Substrat, denn immerhin könnte man die Bediensteten der Landesstraßenbauämter usw. als ein solches auffassen. Die Beziehungen zwischen Sachen und Personen ist in diesen Fällen jedoch nicht eng genug; die Verbindung muß derart sein, daß über ein rein passives Verhalten der öffentlichen Verwaltung - wie es beim Gemeingebruch der Fall ist - hinaus die Verwaltung durch das persönliche Element der Anstalt aktiv in irgendeiner Weise dem einzelnen etwas gewährt, eine Leistung erbringt.⁴⁾ Die Anstalt hatte nunmehr eine gewisse Organisation und einen personellen Apparat zur Voraussetzung, wie er etwa bei Strafanstalten, Schulen und Krankenhäusern gegeben ist. Dieser personelle Apparat war integrierender Bestandteil der Anstalt. Bei einer Landstraße oder einem Dorfbullen fehlt es

1) Kormann, Annalen 1911/864; Kormann-List, S.41;

2) Meyer-Dochow, S.24; Stier-Somlo, HWBRW II, S.673; Hatschek, Lehrbuch S.455;

3) Die von Otto Mayer gegebenen Definitionen waren so allgemein, daß sie auch auf privatrechtliche Institute Anwendung finden konnten, vgl. Otto v.Gierke, Holtzendorffs Rechtslexikon, Bd.2 S.422: Die Anstalt ist eine von außen für irgendeinen rechtlichen Verband konstituierte Einheit;

4) W.Bühler, Diss. S.212; Sperrlich, Annalen 1931/37f;

an diesem Element, sodaß diese nicht mehr als Anstalten angesehen werden können. Diese Bedeutungswandlung klingt bei HANS PETERS an, der als Anstalten nur noch die "zu einer Einheit verschmolzenen Personen- und Sachgesamtheiten"¹⁾ ansieht.

§ 5: Funktionaler Begriff

Mit diesem Bedeutungswandel war das Hauptproblem des Anstaltsbegriffs, die Trennung von der Behörde, noch nicht gelöst. Jede Aufgabe der Verwaltung wird schließlich mit einer gewissen Einheit von sachlichen und persönlichen Mitteln durchgeführt. Gerade bei der heutigen weitgehenden Arbeitsteilung in der öffentlichen Verwaltung scheint jede Verwaltungsabteilung eine öffentliche Anstalt darzustellen.²⁾ So hat man das Heer und die Flotte³⁾, die Polizei⁴⁾, die Gerichte⁵⁾, die Finanzverwaltung⁶⁾, ja jede Behörde als öffentliche Anstalt bezeichnet.⁷⁾

Um eine begriffliche Trennung von Anstalt und Behörde zu ermöglichen, hat sich eine neue Bedeutungswandlung in Richtung auf einen funktional bestimmten Anstaltsbegriff angebahnt. Diese Entwicklung ist noch nicht abgeschlossen und es ist auch noch nicht abzusehen, ob sich diese Meinung in der Verwaltungsrechtswissenschaft durchsetzen wird.

Schon GEORG JELLINEK hat auf dieses Unterscheidungsmerkmal hingewiesen⁸⁾, als er betonte, der Staat könne nur darüber befinden, daß gewisse Einrichtungen in einer Anstalt oder durch eine Anstalt zu vollziehen seien, nicht jedoch darüber, wie sie im einzelnen ausgeführt werden sollten: "Nur die befehlende, ordnende, leitende Tätigkeit in der ... Anstalt ist staatlicher Art. Wissenschaftliche, künstlerische, technische Einrichtungen bleiben Aktio-

1) Lehrbuch, S.113;

2) Köttgen, VVDStRL 6/111; W.Bühler, Diss. S.29;

3) Thoma, Polizeibefehl, S.356; Wille, Diss.; O.Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd.2 S.318;

4) Vgl. Köttgen, VVDStRL 6/111;

5) Wolff, Die Rechtsgestalt der Universität, S.13;

6) Vgl. Köttgen, VVDStRL 6/111;

7) Jerusalem, Das Recht der öffentlichen Anstalt, S.283f; Kormann, WBStVR III, S.1ff; Kormann-List, S.41f; vgl. Köttgen, VVDStRL 6/111;

8) System, S.224;

nen der Individuen, die vom Staate zwar angeordnet, aber nicht vollzogen werden können. Nur daß, nicht wie sie stattfinden, ist staatliches Werk." Nach JELLINEK gilt das zwar auch für die Behörde, und er hat insofern recht, als jedes staatliche Handeln Aktion eines Organträgers bleibt, jedoch ist eine Behörde in den allgemeinen Instanzenzug eingebaut, d.h. der Staat kann durch die übergeordnete Behörde a u c h bestimmen, w i e etwas durchgeführt wird. Aus dem Prinzip der Über- und Unterordnung folgt, daß die vorgesetzte Behörde den nachgeordneten Weisungen erteilen kann, die diese befolgen müssen, selbst wenn der ausführende Beamte einer entgegengesetzten Meinung ist.¹⁾

ERWIN RUCK spricht plastisch von einem Raum, in dem die Verwaltung frei gestalten kann und weist auf genau dasselbe Moment hin, wenn er sagt: "So wird beim Wirken des staatlichen Schularztes, Lehrers, Technikers, Statistikers, Konservators, staatlicher Forschungsinstitute und Regieanstalten usw. der Tätigkeitsgehalt wesentlich durch Regeln der Wissenschaft, Kunst und Technik bestimmt und nicht durch Rechtsregeln."²⁾

Auf den B e t r i e b s c h a r a k t e r der Anstalt weist RICHARD THOMA hin.³⁾ Nach ihm ist der Gegensatz von Behörde und Anstalt dadurch gekennzeichnet, daß bei der Anstalt ein "Betrieb", bei der Behörde dagegen "ein umschriebener Bestand öffentlicher Verwaltungsaufgaben und Kompetenzen objektiviert und personifiziert ist."

Auf ähnliche Gedankengänge kann man wohl auch die Ansicht CARL HERMANN ULES zurückführen, der bei den besonderen Gewaltverhältnissen und damit auch bei den Anstalten zwischen Grundverhältnis und B e t r i e b s v e r h ä l t n i s unterscheidet.⁴⁾

Anklänge finden sich auch bei WILHELM WEBER, der jeder Anstalt einen "Bereich eigener Sachverantwortung" zuspricht.⁵⁾

ADOLF MERKL nimmt das funktionale Moment ausdrücklich in den Anstaltsbegriff auf, weicht daher auch erheblich von der Formu-

1) H.L., vgl. zuletzt noch BGH NJW 59/1629(1630);

2) Schweizerisches Verwaltungsrecht, Bd.1, S.195;

3) HdbDStR Bd.2, S.615;

4) VVDStRL 15/151ff;

5) HWBSozW Bd.5, Sp.451;

lierung OTTO MAYERS ab. Nach ihm ist das Wesen einer Behörde erfüllt, wenn sich im Wirkungskreis eines Vollzugsorgans die Kompetenz zu rechtsetzenden oder Zwangsakten findet.¹⁾ Die Anstalt definiert er als ein Verwaltungsorgan, "dem Vermögensobjekte mit der Zweckbestimmung zur Verwaltung anvertraut sind, sie zum Gemeingebrauche bereit zu halten oder darüberhinaus ideelle oder materielle Güter zu produzieren. Während die Behörde Staatsakte in Aktenform hervorbringt, die nur teilweise (neben dem sogenannten M a c h t z w e c k e) und nur mittelbar (indem sie das Verhalten anderer Menschen bestimmen wollen) dem sogenannten K u l t u r z w e c k e dienen, ist es den Anstalten eigentümlich, daß sie durch die Anstaltsleitung unmittelbar dem Kulturzwecke dienen, d.h. kulturell oder zivilisatorisch wertvolle Güter bereit halten oder selbst schaffen."²⁾

Am entschiedensten verfißt ARNOLD KÖTTGEN eine funktionale Präzisierung des Anstaltsbegriffs. Er sieht nur solche Verwaltungseinheiten innerhalb der öffentlich-rechtlichen Verwaltungsorganisation als Anstalten an, deren Aufgaben überwiegend durch den R e a l a k t charakterisiert werden.³⁾ Die Anstalt soll auf Verwaltungszweige beschränkt werden, innerhalb deren Geschäftsbereich der Realakt dominiert,⁴⁾ denn daß ein gewisses Mischungsverhältnis zwischen Willenserklärung und Realakt überall gegeben sein muß, sodaß es sich bei dieser Differenzierung zwischen Anstalt und Behörde nicht um ein Entweder-Oder, sondern nur um das Übergewicht des Einen oder des Anderen handeln kann, gesteht er ein.⁵⁾

In seinem Referat über die Organisationsgewalt spricht KÖTTGEN von einem "selbständigen Lebensbereich"⁶⁾ und nimmt ausdrücklich auf die Bestimmung des Betriebsbegriffs im Arbeitsrecht Bezug.⁷⁾

Aus all dem ergibt sich, daß die Anstalt von KÖTTGEN als die typische Organisationsform der Leistungsverwaltung angesehen wird,

1) Allgemeines Verwaltungsrecht, S.306;

2) Ebenda, S.306, Sperrungen vom Verfasser;

3) VVDStRL 6/125;

4) VVDStRL 6/114;

5) VVDStRL 6/114, Fußnote 13;

6) VVDStRL 16/184;

7) Vgl. Nikisch, Arbeitsrecht, Bd.1, S.124;

wobei dieser Begriff nicht zu eng gefaßt werden darf und berücksichtigt werden muß, daß nur das Übergewicht der anstaltlichen Tätigkeit auf diesem Sektor der öffentlichen Verwaltung zu liegen braucht. Die Behörden demgegenüber haben Ordnungsfunktionen zu erfüllen, sie sind typische Erscheinungsformen der Eingriffsverwaltung.¹⁾

2. Kapitel: Versuch einer eigenen Definition des Anstaltsbegriffs

Eine Trennung zwischen Anstalt und Behörde läßt sich, wie die vorstehend angeführten Äußerungen der Autoren überzeugend ergeben, nur von ihrer Funktion her vornehmen.

Bei der Anstalt handelt es sich um einen Raum freier Gestaltung, um den Wirkungskreis fachlich geschulter Spezialisten. Die Anstalt gewährt dem Fachmann, dem Experten, den für die Erfüllung nichtjuristischer, technischer, wissenschaftlicher, pädagogischer usw. Aufgaben erforderlichen Spielraum, ohne den diese Aufgaben gar nicht bewältigt werden können. Dabei zeigen sich zwei Spielarten des funktional bestimmten Anstaltsbegriffs. Einmal liegt der Akzent auf der freien *G e s t a l t u n g* innerhalb eines abgegrenzten Raumes; auf der Tätigkeit der Experten, wie z.B. bei den Wissenschaftlern in Forschungsanstalten, Pädagogen in Schulen und Erziehungsanstalten, Ärzten in Krankenhäusern oder den Expertengruppen in Strafvollzugsanstalten (Pädagogen, Psychologen, Theologen usw.). Zum anderen handelt es sich um einen freien Raum, in dem sachlich-technisch bestimmte Vorgänge ablaufen, die ebenso des Spezialisten bedürfen, wo jedoch der Schwerpunkt nicht so sehr auf dem freien Gestalten als auf dem *B e - t r i e b s c h a r a k t e r* der Anstalt liegt.

Unter diesen Gesichtspunkten läßt sich die Anstalt definieren als ein Bestand von sachlichen und persönlichen Mitteln, die für einen besonderen öffentlichen Zweck planmäßig auf Dauer in der

1) Forsthoff wendet sich zu Recht gegen die Ansicht, daß auch die Bewältigung von Ordnungsfunktionen eine staatliche Leistung darstelle, da sonst der Begriff der leistenden Verwaltung seinen speziellen Sinn verlieren würde, vgl. Lehrbuch S.322, Fußnote 1;

Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung zusammengefaßt sind, um Spezialisten den für die Erfüllung ihrer jeweiligen fachlichen Aufgaben erforderlichen Spielraum zu schaffen, in welchem diese nach den Regeln ihres Fachs frei gestalten oder sachlich-technisch bestimmte Vorgänge in einer geschlossenen produktionstechnischen Wirkeinheit ablaufen lassen können.

Wie naheliegend und vorteilhaft auch diese Definition der Anstalt nach funktionalen Gesichtspunkten sein mag, so steht sie doch im Widerspruch zu einer Reihe von gesetzlichen Bestimmungen. So sind z.B. die Mühlenstelle¹⁾, die Einfuhr- und Vorratsstellen für Getreide und Futtermittel²⁾, Schlachtvieh, Fleisch und Fleisch-erzeugnisse³⁾, Fette⁴⁾, Zucker⁵⁾ usw. vom Gesetzgeber ausdrücklich als Anstalten bezeichnet worden. Ihrer Funktion nach müßten sie jedoch als Behörden eingestuft werden, da von einem Raum freier Gestaltung, in dem Fachmänner für die Erfüllung ihrer Aufgaben auf einen gewissen Spielraum angewiesen sind, oder in dem produktionstechnische Vorgänge ablaufen, keine Rede sein kann, denn sie sind den entsprechenden Ministerien untergeordnet und weisungsabhängig.

Deshalb kann hier nicht ein ausschließlich funktional bestimmter Anstaltsbegriff vertreten werden; es soll vielmehr eine Unterscheidung zwischen Anstalten im weiteren Sinne, das sind Anstalten im Sinne des integrierten Anstaltsbegriffs⁶⁾, und Anstalten im engeren Sinne, d.h. funktional bestimmten Anstalten⁷⁾, getroffen werden.⁸⁾

3. Kapitel: Abgrenzung für die Untersuchung des Problems

Da sich diese Abhandlung mit der Geltung und Ausübung der Grundrechte im Anstaltsbenutzungsverhältnis befaßt, beschränkt sie

1) § 5 I Getreidegesetz v.4.11.1950, BGBl I, S.721;

2) § 7 I Getreidegesetz;

3) §16 I Vieh- und Fleischgesetz v.25.4.1951, BGBl I, S.272;

4) §14 I Milch- und Fettgesetz v.28.2.1951, BGBl I, S.135;

5) § 8 I Zuckergesetz v.5.1.1951, BGBl I, S.47;

6) Vgl. vorn S.7f;

7) Vgl. vorn S.11;

8) Vgl. auch die Unterscheidung zwischen Anstalten i.e.S. und Anstalten i.w.S. bei Kormann, WBStVR III, S.1ff und Kormann-List, S.41f;

sich auf eine Gruppe von Anstalten mit ganz bestimmten Merkmalen.

§ 6: Funktionaler Anstaltsbegriff

Von vornherein scheiden die Anstalten mit Behördenfunktion für die Untersuchung aus, da hier von einem besonderen Problem der Grundrechtseinschränkung für die Bürger, die mit ihnen in Berührung kommen, keine Rede sein kann. Ob durch den Verkehr mit den Behörden eine Einschränkung der Grundrechte des einzelnen theoretisch möglich ist, kann dahingestellt bleiben; es handelt sich auf jeden Fall nicht um die Auswirkungen einer besonderen Gewalt der Anstalt, die allein im Rahmen dieser Abhandlung von Bedeutung ist. Es kann daher von dem vom Verfasser definierten funktionalen Anstaltsbegriff ausgegangen werden. Dieser umfaßt noch eine große Anzahl unterschiedlicher Anstalten. Ihrer Zielsetzung nach kann man unterscheiden:

Anstalten der obrigkeitlichen Verwaltung, wie Strafanstalten, Fürsorgeanstalten, Schlachthäuser und Friedhöfe.

Anstalten mit sozialer Zielsetzung, z.B. Kranken-, Heil- und Pflegeanstalten, Krüppel- und Blindenheime.

Bildungsanstalten, worunter die Universitäten¹⁾ und sämtliche öffentliche Schulen verstanden werden.

Sonstige Anstalten mit kulturellen Aufgaben, wie Theater, Museen, Bibliotheken.

Bankanstalten: Banken und Sparkassen.

1) Ob die deutschen Universitäten Anstalten sind, wie O.Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. Bd. 2, S. 338; W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 521; Peters, Lehrbuch, S. 413; Forsthoff, Lehrbuch S. 428, und Wende, Grundlagen des preußischen Hochschulrechts, S. 29, meinen, oder Körperschaften, so Köttgen, Universitätsrecht, S. 44; Thieme, Deutsches Hochschulrecht, S. 108f; Reinhardt, Universität und Staat, S. 11, und Gerber, Die Rechtsgestalt der Universität, S. 19, kann dahingestellt bleiben. Zumindest sind neben einem körperschaftlichen Element (akademischer Lehrkörper und Studentenschaft) auch starke anstaltliche Züge vorhanden, sodaß auch eine Anstaltsgewalt vorhanden ist. - Daher ist die Universität richtigerweise als "mixtum compositum" (Wolff, Die Rechtsgestalt der Universität, S. 19) oder "Doppelwesen" (Weber, Die Rechtsstellung des deutschen Hochschullehrers, S. 11) zu bezeichnen; so auch VGH Freiburg, JZ 56/18 (Leitsatz 1);

Forschungsanstalten. Hierher gehören zahlreiche Bundesanstalten, wie die Bundesforschungsanstalt für Hauswirtschaft, die Bundesanstalt für Lebensmittelforschung, die Bundesversuchs- und Forschungsanstalt für Milchwirtschaft, und die große Anzahl von Forschungs-"instituten".¹⁾

Versorgungsanstalten, d.h. alle Anstalten, die der Versorgung der Bevölkerung mit Wasser, Gas, Elektrizität und dem öffentlichen Verkehr dienen.²⁾

§ 7: Nutzbare Anstalten

Von diesen soeben genannten Arten der Anstalten im engeren Sinne müssen die nicht nutzbaren Anstalten ausgeklammert werden, denn die folgende Untersuchung beschränkt sich auf die Frage der Grundrechtsgeltung und -ausübung im Anstalts b e n u t z u n g s - verhältnis.³⁾ Die nutzbaren Anstalten werden in der Begründung zum Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg definiert als diejenigen Anstalten, die dazu bestimmt sind, "mit dem ihnen zur Erfüllung ihres Zwecks zugewiesenen Vermögensbestand den einzelnen, deren Interessen mit den Aufgaben der Anstalt verknüpft sind, i n d i v i d u e l l e V o r t e i l e oder N u t z u n g e n wirtschaftlicher, geistiger, kultureller oder sonstiger Art zu gewähren oder ihnen persönliche Dienste zu leisten, wie Krankenhäuser, öffentliche Schulen und Erziehungsanstalten aller Art, Wasserversorgungsanlagen, Fürsorgeanstalten, Markthallen, Begräbnisplätze u.a."⁴⁾ Terminologisch etwas unglücklich werden auch zwangsweise eingewiesene Anstaltsinsassen als "Benutzer" bezeichnet,⁵⁾ z.B. der Gefangene und Zuchthäusler.

Damit scheidet der große Komplex der Forschungs- und Versuchsanstalten aus der weiteren Untersuchung aus. In diesen Anstalten wird der Bestand sachlicher Mittel zwar auch benutzt, aber von den Forschern selbst, die das p e r s ö n l i c h e S u b s t r a t

- 1) Institut für Raumforschung; Institut für angewandte Geodäsie, usw.; vgl. hierzu und zu den Forschungsanstalten, Die Bundesrepublik (1956/57), hrsg.v. Koehler und Jansen, S.134 und 138ff;
- 2) Vgl. §2 der DVO v.23.12.55, BGBI I, S.853 zum Körperschaftssteuergesetz v.21.12.54, BGBI I, S.467;
- 3) v.Köhler, Grundlehren, S.318; Peters, Lehrbuch, S.113; u.Nebinger, Verwaltungsrecht, S.137 machen die Nutzbarkeit zum Begriffsmerkmal der Anstalt;
- 4) wüEVRO S.419;
- 5) a.A. Nebinger, Verwaltungsrecht, S.137; wüEVRO S.420;

der Anstalt darstellen. Sie sind ein Element der Anstalt selbst, die nicht nur aus sachlichen Mitteln allein besteht; die so geartete Benutzung der Forschungseinrichtungen stellt keine "Anstaltsbenutzung" dar. Die Forscher "benutzen" die Forschungsanstalten ebensowenig wie die Lehrer die Schulen und die Ärzte die Krankenhäuser. Vorausgesetzt wird die Benutzung durch einen von außen kommenden Dritten.

Zwar unterliegen auch die Forscher und sonstigen Bediensteten dieser Anstalten einer besonderen Gewalt, deren Auswirkungen auf die Grundrechtsstellung des einzelnen mit dem Problem dieser Abhandlung verwandt ist. Es handelt sich dabei jedoch um die Frage des besonderen Gewaltverhältnisses aller im öffentlichen Dienst Stehenden, die nicht deshalb zu einem Problem der Anstaltsge-
walt wird, weil im Einzelfall der Bedienstete persönliches Substrat der Anstalt ist.¹⁾

§ 8: Öffentlich-rechtliche Nutzungsordnung

Weiterhin kommen nur solche Anstalten für die Untersuchung infrage, die sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben den Benutzern gegenüber einer öffentlich-rechtlichen Nutzungsordnung bedienen,²⁾ d.h. die die Beziehungen zwischen sich und den Benutzern ausschließlich auf Grund von Rechtssätzen gestalten, die ihnen nur in ihrer Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt Tatbestände zu-
rechnen, bzw. sie berechtigen und verpflichten.³⁾

Eine besondere Gewalt, der gegenüber die Grundrechte der Benutzer zurücktreten müßten, kann nicht vorhanden sein, wenn sich die Beziehungen zwischen Anstalt und Benutzern lediglich auf der Ebene des Privatrechts abspielen. Voraussetzung eines besonderen Statusverhältnisses ist ein "Hoheitszusammenhang der Anstalt"⁴⁾,

- 1) So die absolut h.M.; a.A. lediglich Peters, Lehrbuch, S.114; vgl. auch § 10 dieser Abhandlung;
Eine Forschungsanstalt kann selbstverständlich auch im Einzelfall eine nutzbare Anstalt im hier vertretenen Sinne sein, wenn etwa Einrichtungen und Dienstpersonal unabhängigen Forschern gegen Entgelt überlassen werden. Hier wird von dem Regelfall ausgegangen, daß die Forscher als persönliches Substrat der Anstalt im öffentlichen Dienst stehen;
- 2) Nach Köttgen, VVDStRL 6/125 ist dies Begriffsmerkmal der Anstalt; vgl. auch RGZ 99/96ff;
- 3) Vgl. hierzu Wolff, AöR 76/205;
- 4) Forsthoff, Lehrbuch S.442;

in den sich der Benutzer hineinbegeben muß. Erfolgt die Nutzungsgewährung in den Formen des Privatrechts, so leistet die Anstalt **V e r z i c h t** auf ihre **h o h e i t l i c h e n** Befugnisse.¹⁾ Es kommt also entscheidend auf die rechtliche Form an: ob die Nutzungsordnung privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich ausgestaltet ist. Bei Anstalten mit privatrechtlicher Nutzungsordnung sind und bleiben die Pflichten der Benutzer **V e r t r a g s - p f l i c h t e n**.

Es scheiden also hier die zahlreichen Anstalten der Daseinsvorsorge mit privatrechtlicher Nutzungsordnung aus der Untersuchung aus. Die Abhandlung beschränkt sich auf funktional bestimmte nutzbare Anstalten mit öffentlich-rechtlicher Nutzungsordnung, wobei der Frage, ob die Anstalt rechtsfähig ist oder nicht, keine Bedeutung zukommt.²⁾

2. Abschnitt: Begriff der Grundrechte

Unter Grundrechten sollen im folgenden die im Grundgesetz, vor allem im Grundrechtsteil³⁾ normierten subjektiven öffentlichen Rechte von Zivilpersonen gegenüber der Staatsgewalt verstanden werden.⁴⁾

Ogleich bei einem zu lebenslänglich Zuchthaus verurteilten Strafgefangenen im Hinblick auf Art.1 die Frage nach den ungeschriebenen Grundrechten, die dem Verfassungsgeber vorgegeben und von ihm nur anerkannt worden sind,⁵⁾ auftauchen könnte, wird hier von diesem rein formal bestimmten Grundrechtsbegriff ausgegangen.

Die Abhandlung beschränkt sich auf die Freiheitsgrundrechte und läßt das Grundrecht der Gleichheit und das "formelle Hauptgrund-

1) Forsthoff, Lehrbuch S.442;

2) Tatarin-Tarnheyden, VVDStRL 6/156, will den Begriff der Anstalt auf rechtsfähige Verwaltungseinheiten beschränken; ihm folgend nur v.Turegg, Lehrbuch S.82;

3) Thoma, RSW III S.9 zählt insgesamt 57 grundrechtliche Zusicherungen;

4) Vgl. Thoma, GR und GPf I, S.18; dens. Festschrift für das preußische Oberverwaltungsgericht, S.183ff;

5) Wintrich, Problematik, S.58; ders. Festschrift für Apelt, S.1f;

recht" ¹⁾ des Art.19 Abs.4 GG außerhalb der Erörterungen.

1) Klein, VVDStRL 8/88; jetzt a.A. bezüglich des Grundrechtscharakters von Art.19 Abs.4, vgl. v.Mangoldt-Klein, S.542; die h.L. sieht Art.19 Abs.4 als Grundrecht an: Bachof, Vornahmeklage, S.13 Anm.6 und S.84; ders. Gedächtnisschrift für Jellinek, S.301; Menger, GR III/2, S.733; Bettermann, GR III/2, S.783; Friesenhahn, DV 49/481 unter Beschränkung auf das allgemeine Gewaltverhältnis; vgl. aber auch BVerfGE 1/264(280): Art.19 enthält kein selbständiges materielles Grundrecht, sondern eine Reihe von Vorschriften, die dem Schutze der Grundrechte dienen. Liegt die Betonung auf der Eigenschaftsaussage "materiell", so ist nichts gegen Art.19 Abs.4 als "formelles Hauptgrundrecht" gesagt. Allerdings ist diese Auslegung nicht zweifelsfrei;

Teil II: Schranken der Freiheitsgrundrechte im Anstaltsbe-
=====

nutzungsverhältnis
=====

Die Meinung, daß im Anstaltsbenutzungsverhältnis als einem besonderen Gewaltverhältnis die Grundrechte ohne jede Einschränkung wie im allgemeinen Gewaltverhältnis gelten, ist nur ganz vereinzelt vertreten worden: In der Rechtsprechung - soweit ersichtlich - nur vom Obergerverwaltungsgericht Hamburg¹⁾ und von den Landesverwaltungsgerichten Hamburg²⁾ und Hannover³⁾; in der Literatur nur von HERBERT KRÜGER⁴⁾, der seine Meinung jedoch inzwischen revidiert hat.⁵⁾

Ebenso unbedeutend ist die extreme Gegenansicht, daß die Grundrechte des Grundgesetzes im besonderen Gewaltverhältnis überhaupt keine Geltung haben.⁶⁾ Die Untersuchung beschränkt sich daher darauf, ob und wie sich Einschränkungen der Grundrechte rechtfertigen lassen und wie weit diese Schranken reichen. Vorher muß jedoch noch geklärt werden, was unter Schranken zu verstehen ist und ob zwischen Geltung und Ausübung der Grundrechte eine Unterscheidung getroffen werden kann.

Von einer Schranke im Sinne der Logik kann nur dann gesprochen werden, wenn etwas grundsätzlich Vorhandenes, etwas bereits Bestehendes, von außen her eingeschränkt wird. Hier wird der Begriff Schranke in einem weiteren Sinne gebraucht. Auch die sich aus der Art und Weise ihrer verfassungsrechtlichen Gewährleistung selbst ergebenden Begrenzungen der Grundrechte - sachlich durch die Begriffsfestlegungen der Objekte der Grundrechtsbestimmungen,

1) DVBl 53/506(Leitsatz 6);

2) MDR 53/125(126);

3) DVBl 54/680(683);

4) NJW 53/1372f;

5) NJW 55/204;

6) v.Mangoldt, Kommentar, S.37; unter der WRV war das h.L.; vgl. Hugo Preuß, Berichte und Protokolle, S.514f; Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, S.511, 603; Thoma, OVG-Festschrift, S.204f; ders. GR und GPf I, S.1ff; Jacobi, HdbDStR II, S.256; Ule, RVBl 34/649ff; Köttgen, Universitätsrecht, S.124; unter Beschränkung auf die klassischen Bürgerrechte; Pasquay, Annalen 1914/418; wüEVRO Begründung, S.426; Köttgen, GR und GPf I, S.356; vgl. auch Freudenberger, Annalen 1931/184;

persönlich durch die Bezugnahme auf einen bestimmten Kreis von Personen als die aus ihnen Berechtigten - werden erfaßt. Um es in der Terminologie FRIEDRICH KLEINS zu formulieren: Grundrechte können durch Gewährleistungsschranken und Vorbehaltsschranken eingeschränkt werden.¹⁾

In der wissenschaftlichen Literatur wird zum Teil von der Einschränkung der Ausübung²⁾ im Gegensatz zur Einschränkung der Geltung³⁾ der Grundrechte gesprochen. Die wohl überwiegende Ansicht spricht von Einschränkung der Ausübung der Grundrechte. Man hält lediglich gewisse Bindungen hinsichtlich des Gebrauchs der Freiheit für möglich, nicht dagegen eine Einschränkung der Grundrechtsgeltung.⁴⁾ Gegen diese Ansicht hat sich vor allem GÜNTER DÜRIG gewandt. Er bezeichnet diese Unterscheidung als einen unzulässigen Kunstgriff⁵⁾ und meint, weil ein subjektives Recht, das zwar als solches bestehen bleibe, aber als durchsetzbares Ausübungsrecht entfalle, in seinem Ergebnis ein nudum jus, ein Recht ohne Wesensgehalt sei, zwingt Art.19 Abs.2 zu materiell-rechtlicher Ehrlichkeit. Daher solle man die dogmatisch an sich mögliche Unterscheidung fallen lassen und nur von einer Einschränkung der Grundrechtsgeltung sprechen.⁶⁾

Im folgenden wird zunächst allgemein von der Einschränkung der Grundrechte gesprochen; im Zusammenhang mit dem Ergebnis der Untersuchung soll zwischen Geltung und Ausübung eine Unterscheidung getroffen werden.

Von den Schranken der Grundrechte bleiben alle diejenigen außer Betracht, die sich nicht aus der Besonderheit der Anstaltsbenutzungsverhältnisse ergeben, wie etwa die verfassungsmittelbaren Vorbehaltsschranken.⁷⁾ Die Abhandlung beschränkt sich auf die-

1) v.Mangoldt-Klein, Vorbemerkung B XV 1b,2,3, vor Abschnitt I;

2) Wolff, § 32 IV c 3; Kaufmann, Wehrbeitrag II, S.61;

3) Dürig, AöR 81/152; anders noch ZgesStW 109/328; ihm folgend v.Münch.Diss.S.27;

4) Krüger, Verfassungslehre, S.25; Köttgen, RSW IV, S.236;

5) AöR 81/152;

6) AöR 81/152;

7) Zum Begriff vgl. v.Mangoldt-Klein, Vorbemerkung vor Abschnitt I, B XV;

jenigen der verfassungsunmittelbaren Vorbehaltsschranken und Gewährleistungsschranken, die nur speziell bei den Anstalten auftauchen, d.h. es bleibt z.B. die persönliche Gewährleistungsschranke der Grundrechtsmündigkeit unberücksichtigt, da sie ein vom Anstaltsverhältnis unabhängiges - wenn auch für einige, z.B. das Schulverhältnis, sehr bedeutsames - Problem darstellt.¹⁾ Ebenso handelt es sich beispielsweise um ein allgemeines Problem, wenn dem Benutzer einer Badeanstalt untersagt wird, sich unbedeckt im Anstaltsgelände aufzuhalten, denn das Recht auf freie Entwicklung der Persönlichkeit berechtigt ihn auch auf öffentlicher Straße oder sonstigen außeranstaltlichen Bereichen nicht zu derartigem Verhalten.

1. Abschnitt: Das besondere Gewaltverhältnis

Der herrschenden Meinung in Wissenschaft und Rechtsprechung dient der Begriff des besonderen Gewaltverhältnisses dazu, eine Einschränkung der Grundrechte im Anstaltsverhältnis zu rechtfertigen.²⁾³⁾

- 1) Zur Grundrechtsmündigkeit vgl. v.Mangoldt-Klein, Vorbem.B XV 2 c vor Abschnitt I; Hildegard Krüger, FamRZ 56/329f; Heckel, RdJ 54/3ff sowie die dort angegebene Literatur;
- 2) Aus der Literatur seien genannt:
Wolff, § 32 IV c; Forsthoff, Lehrbuch S.117; v.Mangoldt-Klein, Vorbem.BXVI 4 vor Abschn.I; Maunz,Staatsrecht S.113; Koellreutter,Staatsrecht S.52; W.Jellinek,Verwaltungsrecht S.370,384; Fischbach,Bundesbeamtengesetz,S.38; Bachof,VVDStRL 12/61,83; Hildegard Krüger, ZBR 56/309; Fußlein, GR II,S.434; Grewe, Gutachten,S.50f; Kalisch, DVBl 52/623; ders.AöR 78/344; Herbert Krüger, DVBl 50/629; ders. Smendfestschrift S.211; Roemer, JZ 56/193; Dürig, AöR 81/154; Geiger, BVerfGG,Anm.6c zu § 90; ders. BAnz 1952/Nr.30 S.7; Kaufmann, Wehrbeitrag,S.61; Echterhölter, JZ 56/143; Grabendorff, ZBR 55/48f; Zweigert, JZ 55/ 534; Lerche, DVBl 54/632; Hammer, ZBR 53/216; Werner, JZ 54/557; Friesenhahn, DV 49/481; Scheuner, RSW III,S.165 Fußn.106; Röhl, JZ 54/65; Reuter, BayVBl 56/228; ders. DÖV 54/ 305; Erler, Berufsständische Selbstverwaltung, S.36; Uber, Freiheit des Berufs,S.43; Köttgen, RSW IV,S.236;
Aus der Rechtsprechung:
BayVerfGH, VerwRspr 4/261(262); OVG Koblenz, JZ 55/16(17); OVG Berlin, JZ 55/272(277); OVG Hamburg, DVBl 56/417 (Leitsatz 4); dgl. DVBl 56/658(Leitsatz 1); dgl. VerwRspr.10/10 (Leitsatz 1); VGH Bremen, DÖV 56/703;
- 3) An dem Begriff "besonderes Gewaltverhältnis" soll festgehalten werden, obgleich gegen ihn, besonders gegen die "Gewalt" Bedenken geltend gemacht werden; vgl. Hildegard Krüger, ZBR 56/

Inwiefern die Anstaltsbenutzung ein besonderes Gewaltverhältnis herstellt, und ob diese Lehre heute noch haltbar ist, soll Gegenstand der folgenden Paragraphen sein.

1. Kapitel: Der Begriff des besonderen Gewaltverhältnisses

Für die über die umfassende rechtliche Abhängigkeit des Untertanen zum Staate - das allgemeine Gewaltverhältnis¹⁾ hinausgehenden engeren Beziehungen zwischen Bürger und Staat prägte man den Begriff des besonderen Gewaltverhältnisses.²⁾

Die noch heute gültige Definition stammt von OTTO MAYER, der es als "die verschärfte Abhängigkeit, welche zugunsten eines bestimmten Zweckes öffentlicher Verwaltung begründet wird für alle einzelnen, die in den vorgesehenen besonderen Zusammenhang treten" bezeichnete.³⁾

2. Kapitel: Die "besondere Gewalt" im Anstaltsbenutzungsverhältnis

Als besondere Gewalt kann für die Untersuchung nur die Gewalt der Anstalt, die sogenannte Anstaltsgewalt in Betracht kommen. Dieser Begriff ist jedoch so umfassend und ihm werden so unterschiedliche Bedeutungen beigelegt, daß zunächst diese komplexe Anstaltsgewalt im weitesten Sinne untersucht und für die Erfordernisse dieser Abhandlung begrifflich präzisiert werden soll.

309; Fischbach, DVBl 51/100; Gerber, DVBl 55/485 Fußnote 40; Lerche, DVBl 54/626, Fußnote 2;
Zum Teil werden auch neue Begriffsbildungen vorgenommen, so Wolff, § 32 IVc3: öffentlichrechtliches Sonderverhältnis; Köttgen, AöR 79/356 und DVBl 53/488, Mann, DÖV 60/409; Werner, JZ 54/560; Kaufmann, Wehrbeitrag, S.61 und Ermacora, DÖV 56/530 Anm.14 sprechen von "Statusverhältnis". Ule, RVBl 34/649 prägt den Begriff "besonderes Pflichtverhältnis".
Gleichbedeutend sind auch die Begriffe: besonderes Unterwerfungsverhältnis (Püßlein, Versammlungsgesetz, S.21); besonderes Subjektionsverhältnis (Köhl, ZBR 57/123); unmittelbares Gewaltverhältnis (Fischbach, Bundesbeamtengesetz, S.20, Anm.25), spezielles Subjektionsverhältnis (Kaufmann, Wehrbeitrag, S.61);

1) Vgl. Laband, Staatsrecht, Bd.1 S.382;

2) Zum Begriff vgl. auch Nawiasky, Zitelmannfestschrift, S.13ff; zur geschichtlichen Entwicklung Thieme, DÖV 56/522;

3) Deutsches Verwaltungsrecht, Bd.1, 3. Aufl., S.101;

§ 9: Beschränkung auf das Hausgut der Anstalt

Im weitesten Sinne stellt die Anstaltsgewalt einen Inbegriff für die Gesamtheit der Anstaltsfunktionen dar.¹⁾ So verstanden fallen auch diejenigen Hoheitsbefugnisse unter diesen Begriff, welche der Anstalt gegenüber Außenstehenden durch Gesetz oder auf Grund gesetzlicher Ermächtigung beigelegt sind. Als Beispiel für eine derartige Delegation staatlicher Gewalt an Anstalten sei die Verleihung eines Inquisitionsrechts²⁾ an die Bundesanstalt für Güterfernverkehr durch § 55 des Güterkraftverkehrsgesetzes angeführt.³⁾

Hier muß die erste Einschränkung erfolgen. Als Anstaltsgewalt kann nur die eigenständige⁴⁾ Gewalt der Anstalt verstanden werden. Mit RICHARD THOMA kann man in diesem Zusammenhang von Hausgut und Leihgut sprechen.⁵⁾ Das Leihgut muß schon des-

1) Forsthoff, Lehrbuch, S.442;

2) Vgl. hierzu Redeker, DÖV 54/109;

3) § 55 Abs.1 GüKG lautet:

Zur Durchführung der Überwachungsaufgaben hat die Bundesanstalt folgende Befugnisse:

1. Sie kann durch Beauftragte die erforderlichen Ermittlungen anstellen, auch Einsicht in die Bücher und Geschäftspapiere aller am Beförderungsvertrag ... Beteiligten ... nehmen lassen.
2. Sie und ihre Beauftragten können von den in Nr.1 genannten Beteiligten und den in deren Geschäftsbetrieb tätigen Personen Auskunft über alle Tatsachen verlangen, die für die Durchführung der Überwachung von Bedeutung sind.
3. Ihre Beauftragten können Grundstücke und Räume der in Nr.1 genannten Beteiligten betreten, um an Ort und Stelle innerhalb der üblichen Geschäfts- und Arbeitsstunden Ermittlungen durchzuführen ...
4. Sie kann auch außerhalb der Geschäftsräume der Beteiligten, insbesondere auf Straßen, auf Autohöfen und an Tankstellen zur Kontrolle der Ladung und zur Prüfung der Begleitpapiere Überwachungsmaßnahmen durchführen.

4) Wenn hier von eigenständig die Rede ist, so nur, um den Gegensatz zur delegierten Gewalt zu betonen. Es wird nicht verkannt, daß es entsprechend dem Wesen des modernen Staates nur eine einzige hoheitliche Gewalt geben kann. Aus diesem Monismus der Staatsgewalt folgt, daß jede andere hoheitliche Gewalt eine abgeleitete sein muß, vgl. Helfritz, Allgemeine Staatslehre, S.114; Krüger, Gutachten, S.5;

5) HdbDStR II, S.223; ebenso, Jacobi, ebenda, S.259, Fußnote 14; vgl. auch Oeltze, Diss., S.63;

halb außer Betracht bleiben, weil es sich dabei um ein Stück der allgemeinen Staatsgewalt handelt, es also auch durch die allgemeine Zweckbestimmung der Staatsgewalt begrenzt ist. Bei der Anstalt dagegen liegt ein besonderer Zweck vor, für dessen Erfüllung ihr eine Sondergewalt beigegeben ist, und nur hier taucht die Frage nach besonderen Grundrechtsschranken auf. Der auf das Hausgut beschränkte Begriff der Anstaltsgewalt ist aber immer noch zu vielschichtig, um unbesehen der Untersuchung zugrunde gelegt werden zu können, wie im folgenden Paragraphen dargelegt werden soll.

§ 10: Der Begriff der Anstaltsgewalt

Anstaltsgewalt soll nach der überwiegenden Meinung nur die Gewalt sein, die gegenüber den Anstaltsbenutzern wirksam ist.¹⁾ Soweit ersichtlich ist nur HANS PETERS anderer Auffassung. Nach ihm erstreckt sich die Anstaltsgewalt nicht nur auf die Benutzer, sondern auch auf die das Substrat der Anstalt ausmachenden Personen.²⁾ In Übereinstimmung mit der überwiegenden Ansicht umschreibt Art. 140 wüEVRO die Anstaltsgewalt wie folgt:

"Die Benutzer der Anstalt sind während der Dauer der Benutzung der Anstaltsgewalt unterworfen. Kraft der Anstaltsgewalt können den Benutzern durch die Anstaltsordnung oder durch Anweisung im Einzelfall Verpflichtungen zu einem bestimmten Tun, Dulden oder Unterlassen auferlegt werden, soweit es zur Erfüllung des bestimmungsmäßigen Zwecks der Anstalt erforderlich ist."

Die begriffliche Beschränkung der Anstaltsgewalt auf die Anstaltsbenutzer ist aber deshalb unzureichend, weil der Begriff des Anstaltsbenutzers mehrdeutig gebraucht wird und außer der Erstreckung der Anstaltsgewalt in persönlicher Hinsicht auch die Ausdehnung ihres Wirkungsbereichs in räumlicher Hinsicht streitig ist.

Man kann von Anstaltsbenutzern in drei verschiedenen Bedeutungen sprechen:

- 1) Fleiner, Institutionen, S.337; Maunz, Das Recht der öffentlichen Sachen u. Anstalten, S.27; Forsthoff, Lehrbuch, S.442; Wl. Jellinek, Verwaltungsrecht, S.515; Giese, Verwaltungsrecht, S.83; Nebinger, Verwaltungsrecht, S.143;
- 2) Lehrbuch, S.114; schon vorn S.15 wurde mit der h.L. die Macht- ausübung gegenüber den Bediensteten der Anstalt als Dienst- gewalt aus der Anstaltsgewalt ausgeklammert.

Einmal könnte man unter Anstaltsbenutzern alle diejenigen verstehen, die in den räumlichen Bannkreis der Anstalt eintreten, also insbesondere das Gebäude der Anstalt aufsuchen. Dieser rein tatsächliche Benutzungsbegriff würde unabhängig von dem Zweck des Eintretens in den Anstaltsbereich sein; auch der Landstreicher, der sich in eine Bibliothek einschleicht, um sich zu wärmen, wäre in diesem Sinne ein Anstaltsbenutzer.¹⁾

Zum anderen könnte man den Begriff des Anstaltsbenutzers auf diejenigen beschränken, die auf Grund des öffentlich-rechtlichen einseitigen Aktes der Zulassung die Anstalt um des Anstaltszwecks willen aufsuchen.²⁾ In diesem Sinne wäre nur der ein Benutzer einer Bibliothek, der eine Benutzungskarte besitzt und die Bibliotheksräume aufsucht, um Bücher nachzuschlagen oder zu entleihen.

Schließlich werden bei extensiver Auslegung des Begriffs von einer Anzahl von Autoren auch solche außenstehende Dritte als Anstaltsbenutzer angesehen, welche die Vorteile der Anstalt nur mittelbar nutzen, wie z.B. die Erziehungsberechtigten von Schülern und Fürsorgezöglingen, die sich der Anstalten zur Erziehung ihrer Kinder bedienen. Nach dieser Ansicht sind Maßnahmen gegen die Eltern und Erziehungsberechtigten auf Grund der Anstaltsgewalt zulässig.³⁾ Bewußt dehnt man den Begriff des Anstaltsbenutzers aus, um die begriffliche Festlegung der Anstaltsgewalt ausschließlich auf die Innensphäre der Anstalt, auf ihre Benutzer, zu ermöglichen.⁴⁾

Was die räumliche Erstreckung der Anstaltsgewalt anlangt, so wird die Meinung vertreten, die Anstaltsgewalt beschränke sich auf diejenigen Anstaltsbenutzer, die sich im Anstaltsbereich aufhalten,⁵⁾ während andererseits behauptet wird, die Anstaltsgewalt erstrecke sich auch auf die Benutzer außerhalb des räumlichen Anstaltsbereichs.⁶⁾

Die Ausdehnung des Wirkungsbereichs der Anstalt in personeller

- 1) Fleiner, Institutionen, S.337; Nawiasky, Deutsches und österreichisches Postrecht, S.126;
- 2) Forsthoff, Lehrbuch, S.362; Nebinger, Verwaltungsrecht, S.148; wüEVRO, Begründung, S.439;
- 3) v.Köhler, Einführung, S.319; Freudenberger, Annalen 1931/205; Nebinger, Verwaltungsrecht, S.145;
- 4) Nebinger, Verwaltungsrecht, S.145;
- 5) Jellinek, Verwaltungsrecht, S.515;
- 6) Giese, Allgemeines Verwaltungsrecht, S.84; Nebinger, Verwaltungsrecht, S.145; Maunz, Das Recht der öff.Sachen u.Anstalten, S.27;

und räumlicher Hinsicht bietet sich in der Tat als Ansatzpunkt für eine begriffliche Präzisierung der öffentlich-rechtlichen Gewalt der Anstalt an. In der wissenschaftlichen Literatur bemüht man sich zum Teil auch um eine derartige Präzisierung und Differenzierung; jedoch konnte man sich bisher nicht auf einen einheitlichen Sprachgebrauch einigen. Im folgenden soll - bevor ein eigener Lösungsversuch gemacht wird - eine Übersicht über die außer der "Anstaltsgewalt" gebrauchten Begriffe gegeben und dargelegt werden, was darunter jeweils verstanden wird.

§ 11: Der Begriff des Hausrechts

Weil sich die Anstaltsgewalt in aller Regel auf den anstaltlichen Raum beschränkt, erklärt man sie vielfach als ein durch den öffentlichen Zweck der Anstalt erweitertes **H a u s r e c h t**. Gleichbedeutend werden die Begriffe **H a u s g e w a l t** und **H a u s m a c h t** verwandt.¹⁾ In diesem Sinne stellen die Begriffe eine andere Bezeichnung für die Anstaltsgewalt dar, bezeichnen aber dasselbe. Sie werden jedoch auch in einem anderen Sinne gebraucht.

ROBERT NEBINGER beispielsweise setzt die Begriffe Anstaltsgewalt und Hausrecht gegenüber und grenzt beide von einander ab. Er verwendet sie als Komplementärbegriffe: die Anstaltsgewalt beginnt erst dort, wo das Hausrecht aufhört.²⁾

HANS NAWIASKY dagegen sieht das Hausrecht weder als einen anderen Ausdruck noch als Ergänzung der Anstaltsgewalt an. Nach ihm ist das Hausrecht ein kleiner Ausschnitt aus der Anstaltsgewalt. Dem Hausrecht unterliegt jeder, der in den räumlichen Anstaltsbereich ohne Rücksicht auf den Anstaltszweck eintritt, also bloß im tatsächlichen Sinne Anstaltsbenutzer ist. Der übrigen Anstaltsgewalt dagegen unterliegt nur derjenige, welcher die Anstalt wegen ihres Anstaltszwecks benutzt.³⁾

1) Von Hausrecht sprechen Jellinek, Verwaltungsrecht, S.515; O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd.2,3.Aufl.,S.285; v. Köhler, Grundlehren,S.320; von Hausmacht Forsthoff, Lehrbuch,S.442; von Hausgewalt Peters, Lehrbuch, S.114 und Maunz, Das Recht der öffentlichen Sachen und Anstalten, S.27

2) Verwaltungsrecht, S.145;

3) Deutsches und österreichisches Postrecht, S.126;

In einem völlig anderen Sinn gebraucht LUDWIG v.KÖHLER den Begriff des Hausrechts. Er versteht nämlich darunter die Zwangsgewalt der Anstalt gegenüber denjenigen ihrer Benutzer, die die ihnen nach der Anstaltsordnung obliegenden Pflichten nicht erfüllen.¹⁾

§ 12: Der Begriff der Anstaltsdisziplin

WALTER JELLINEK, der den Begriff der Anstaltsgewalt auf den räumlichen Bereich der Anstalt beschränkt, bezeichnet die darüber hinausgehende Machtausübung auf die Anstaltsbenutzer, die bei einigen Anstalten, z.B. Schulen, Universitäten und Krankenanstalten, die ihren Patienten Ausgang gewähren, bejaht wird, als *A n - s t a l t s d i s z i p l i n*.²⁾

Dieser Begriff bleibt aber nicht denen vorbehalten, die zwischen Machtausübung auf Anstaltsbenutzer innerhalb der Anstalt und außerhalb der Anstalt unterscheiden, sondern er wird von vielen gleichbedeutend mit Anstaltsgewalt gebraucht.³⁾

In einer noch anderen Bedeutung erwähnt HANS PETERS "Maßnahmen, die der Erziehung der Schüler und der Anstaltsdisziplin dienen"⁴⁾, und spricht FRIEDRICH GIESE von "Wahrung der Anstaltsdisziplin"⁵⁾. In diesem Sinne bedeutet Anstaltsdisziplin nicht eine Machtbefugnis oder Gewaltausübung, bezeichnet vielmehr einen Zustand, den Zustand der allgemeinen Ordnung innerhalb der Anstalt.

§ 13: Der Begriff der Anstaltspolizei

OTTO MAYER und FRITZ FLEINER verstanden unter diesem Begriff

- 1) Grundlehren, S.524; - Neuerdings vertritt Köttgen die Ansicht, die Anstalt sei gerade durch den Verzicht auf die Inanspruchnahme staatlicher Befehlsgewalt gekennzeichnet, was einer Ablehnung jeglicher über das Hausrecht hinausgehenden Gewalt bedeuten würde (vgl. DVBl 53/485);
- 2) Verwaltungsrecht, S.515;
- 3) Hatschek, Lehrbuch des preuß. und deutsch. Verwaltungsrechts, S.500f; Giese, Allgemeines Verwaltungsrecht, S.83; Fleiner, Institutionen, S.557; O.Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd.2,3. Aufl., S.285: er bezeichnet zunächst die Machtausübung der Anstalt gegen die Benutzer als Anstaltsdisziplin. Da die Anstaltsdisziplin ein besonderes Gewaltverhältnis begründet, nennt er diese Machtausübung auch Anstaltsgewalt;
- 4) Lehrbuch, S.114;
- 5) Allgemeines Verwaltungsrecht, S.84;

nicht nur eine Gewalt d e r Anstalt, sondern sie bezeichneten damit auch die allgemeine Polizei z u g u n s t e n der Anstalt.¹⁾ Bei FLEINER heißt es z.B.: "Ihre Aufgaben hat die Polizei auch zur Sicherung des ungestörten Betriebes öffentlicher Anstalten zu erfüllen. Hier entfaltet sie sich als Anstaltspolizei." Die Anstaltspolizei war demnach nur ein besonderer Zweig der allgemeinen Polizei, ähnlich wie Gesundheits-, Bau- und Wegepolizei.

In diesem Sinne wird der Begriff der Anstaltspolizei heute nicht mehr gebraucht; man ist sich - trotz aller Unterschiede der einzelnen Lehrmeinungen - darüber einig, daß es sich nur um eine Gewalt d e r Anstalt handeln kann, soweit man eine besondere Anstaltspolizei nicht überhaupt ablehnt.²⁾

KARL KORMANN bezeichnet die Anstaltspolizei als einen Fall der "verwaltungsrechtlichen Notwehr". Sie umfaßt nach ihm auch das Hausrecht, geht aber weiter als dieses und wirkt auch gegenüber außenstehenden Dritten.³⁾

Nach THEODOR MAUNZ sind alle die Abwehrmaßnahmen ein Ausfluß der Anstaltspolizei, die sich gegen Störungen von außen richten. MAUNZ leitet die Anstaltspolizei jedoch nicht aus der Anstaltsge-
walt ab, wie die übrigen Befürworter einer solchen, sondern aus "dem allgemeinen Recht jeder öffentlichen Behörde, sich Störungen ihrer Tätigkeit selbst zu erwehren."⁴⁾

WALTER JELLINEK beschränkt die Anstaltspolizei auf Maßnahmen gegen Störer, die aus Notwehr erforderlich sind, wobei er nicht von dem Begriff einer besonderen "verwaltungsrechtlichen Notwehr" im Sinne der Lehre KORMANNs, sondern von dem bürgerlich-rechtlichen Notwehrbegriff ausgeht.⁵⁾

LUDWIG v.KÖHLER verwendet gleichbedeutend die Begriffe Anstaltspolizei und Hausrecht, mit denen er die unmittelbare Zwangs-

-
- 1) O.Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd.1,3.Aufl.,S.214; 1. Aufl.,S.263; Fleiner, Institutionen, S.331 und 392;
 - 2) Waldecker, Annalen 1915/29off; vgl. Herrnritt, Grundlehren des Verwaltungsrechts, S.247 (der Begriff taucht bei ihm überhaupt nicht auf); W.Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung u.Zweckmäßigkeitserwägungen,S.278; vgl. aber auch dens.Verwaltungsrecht,S.515;
 - 3) Annalen 1912/198; ebenso in WBStVR III,S.2f; und in Kormann-List, S.53f;
 - 4) Das Recht der öffentlichen Sachen und Anstalten, S.29;
 - 5) Verwaltungsrecht S.515;

gewalt bezeichnet, welche die Anstalt gegen ihre Benutzer ausübt, die ihren Pflichten nach der Anstaltsordnung nicht nachkommen.¹⁾

§ 14: Versuch einer eigenen terminologischen Abgrenzung

Da der Sprachgebrauch in der Literatur uneinheitlich und eine überzeugende und umfassende begriffliche Klarstellung noch nicht vorhanden ist, soll im folgenden - soweit für diese Abhandlung erforderlich - versucht werden, die komplexe Anstaltsgewalt aufzugliedern, die einzelnen Arten der Gewaltausübung systematisch zu ordnen und terminologisch zu unterscheiden. Der Begriff der Anstaltsgewalt soll als Oberbegriff gebraucht werden. Die Differenzierung soll nach den personellen und räumlichen Grenzen der Sondergewalt der Anstalt erfolgen. Aus diesem Grunde muß zunächst der Begriff des Anstaltsbenutzers geklärt werden.

Wie schon gezeigt, gibt es drei Gruppen von Personen, denen man die Eigenschaft als Anstaltsbenutzer beilegen kann: denen, die die Anstalt tatsächlich nutzen; den zur Anstaltsbenutzung Zugelassenen; und schließlich jenen, die weder tatsächlich die Anstalt benutzen noch zugelassen sind, sondern die sich nur mittelbar der Anstalt für ihre Zwecke bedienen, die - wenn überhaupt - höchstens als indirekte oder mittelbare Anstaltsbenutzer angesprochen werden können.

Mit der wohl herrschenden Meinung soll unter Anstaltsbenutzer hier nur derjenige verstanden werden, der ordnungsgemäß zur Anstaltsbenutzung zugelassen ist.²⁾ Durch den formellen Akt der Zulassung soll das bloß f a k t i s c h e N u t z u n g s v e r h ä l t n i s von dem A n s t a l t s b e n u t z u n g s v e r h ä l t n i s im technischen Sinne unterschieden werden. Die Zulassung wird in Art.143 wüEVRO im Einklang mit der herrschenden Meinung definiert als "die dem einzelnen gegenüber ausdrücklich oder stillschweigend abgegebene Erklärung der Anstalt, durch die er in das Benutzungsverhältnis aufgenommen wird."³⁾ Der Zulassungs-

1) Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts, S.324;

2) Forsthoff, Lehrbuch, S.326; Nebinger, Verwaltungsrecht, S.148; wüEVRO, Begründung, S.439;

3) Damit ist zugleich ein weiteres Kriterium für die Abgrenzung von öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Benutzungsverhältnis gewonnen, denn bei einer Benutzung auf Grund eines privat-

akt ist also darauf gerichtet, Rechtsbeziehungen zu schaffen, vermöge deren die Benutzung der Anstalt möglich ist, unabhängig davon, ob und wann der Zugelassene tatsächlich die Anstalt benutzt.¹⁾

Es wird also ein **r e c h t l i c h e s** Benutzungsverhältnis zwischen Benutzer und Anstalt geschaffen, dessen Grundlage und Ausgangspunkt die Zulassung ist.

Das Anstaltsbenutzungsverhältnis kann folglich definiert werden als das auf Grund eines Zulassungsaktes begründete rechtliche Verhältnis zwischen öffentlicher Anstalt und einzelner, das mit der Zielsetzung der Benutzung durch diesen abgeschlossen wird, jedoch von der tatsächlichen Benutzung unabhängig ist. Das ohne Zulassung, durch Erschleichen freien Eintritts o.ä., begründete faktische Benutzungsverhältnis fällt nicht unter den Begriff des Anstaltsbenutzungsverhältnisses.

Hervorgehoben werden muß noch, daß durch diese Definition keine Trennung von freiwillig und zwangsweise begründeten Benutzungsverhältnissen vorgenommen wird. Denn weder bei Zwangseinweisung noch bei Benutzungszwang wird der einseitige öffentlich-rechtliche Zulassungsakt der Anstalt durch die richterliche Anordnung oder den Rechtssatz ersetzt. Diese haben nicht ohne weiteres und von selbst zur Folge, daß eine konkrete öffentliche Anstalt verpflichtet wird, die Benutzung zu gewähren. Es bedarf vielmehr in jedem Falle einer eigenen Entschließung der Anstaltsorgane.²⁾

In Bezug auf die Ausdehnung des Wirkungsbereichs der Anstaltsgewalt in persönlicher und sachlicher Hinsicht lassen sich folgende Arten von Maßnahmen der Anstaltsorgane unterscheiden:

- a) Maßnahmen gegen Benutzer, die in einem Anstaltsbenutzungsverhältnis stehen und sich innerhalb des räumlichen Bereichs der Anstalt befinden;
(Direktor ordnet das Verlassen der Korridore während der Pausen an);
- b) Maßnahmen gegen Benutzer, die in einem Anstaltsbenutzungsverhältnis stehen und sich außerhalb des räumlichen Bereichs der

rechtlichen Rechtsgeschäfts ist kein Raum mehr für einen Zulassungsakt. An seine Stelle tritt der bürgerlich-rechtliche Vertrag, vgl. wüEVRO Art.143;

- 1) vgl. wüEVRO, Begründung, S.445; v.Köhler, Grundlehren, S.316; O. Mayer, Dtsch. Verwaltungsrecht, Bd.2, 1. Aufl. S.324; Jellinek, Verwaltungsrecht, S.515; Forsthoff, Lehrbuch, S.300; Peters, Lehrb. S.114;
- 2) Vgl. wüEVRO, Begründung S.441;

Anstalt befinden;

(Direktor ordnet Rauch- und Alkoholverbot außerhalb der Schule für die Schüler der unteren Klassen an);

c) Maßnahmen gegen Störer, die den Anstaltsbetrieb gefährden und sich innerhalb des räumlichen Bereichs der Anstalt befinden; (Direktor läßt randalierenden Geisteskranken, der in das Schulgebäude eingedrungen ist, entfernen);

d) Maßnahmen gegen Störer, die den Anstaltsbetrieb gefährden und sich außerhalb des räumlichen Bereichs der Anstalt befinden; (Direktor fordert während des Unterrichts auf der Straße lärmende Betrunkene zur Ruhe und zum Weitergehen auf);

Damit sind die Einwirkungsmöglichkeiten der Anstaltsgewalt erschöpft. Der Ansicht, daß auch Gebote und Verbote gegen nur mittelbar Beteiligte auf Grund der Anstaltsgewalt möglich sind, kann sich der Verfasser nicht anschließen. Als Beispiele werden in der Literatur angeführt: das Gebot der Schule an die Eltern, ärztliche Zeugnisse vorzulegen,¹⁾ und das Verbot an die Familienangehörigen von Fürsorgezöglingen, keine Zigaretten usw. in die Anstalt zu senden.²⁾

Was die Pflicht der Eltern zur Beschaffung eines ärztlichen Attestes für das kranke Kind anlangt, so folgt die Wirksamkeit diesbezüglicher Anweisungen der Schule nicht aus der Anstaltsgewalt, sondern aus § 13 des Gesetzes über die Schulpflicht im Deutschen Reich.³⁾ Dieser Paragraph ist offiziell überschrieben mit "Verant-

1) Nebinger, Verwaltungsrecht, S.145; v.Köhler, Grundlehren, S.319; Freudenberger, Annalen 1931/205;

2) Maunz, Das Recht der öffentlichen Sachen und Anstalten, S.27;

3) Reichsschulpflichtgesetz vom 6.Juli 1938 (RGBl I, S.799) i.d.F. der Änderungsgesetze vom 27.7.1949 (GVBl NW S.244) und 10.2.1953 (GVBl NW S.166). § 13 lautet:

"Wer für die Person des Schulpflichtigen zu sorgen hat, sowie der, dem Erziehung oder Pflege des Schulpflichtigen anvertraut ist, hat dafür Vorsorge zu treffen, daß der Schulpflichtige am Unterricht und an den sonstigen Veranstaltungen der Schule regelmäßig teilnimmt und sich der Schulordnung fügt.

Wer für die Person des Schulpflichtigen zu sorgen hat, ist verpflichtet, ihn für den Schulbesuch nach Maßgabe der hierüber erlassenen Bestimmungen in gehöriger Weise auszurüsten und den zur Durchführung der Schulgesundheitspflege erlassenen Anordnungen Folge zu leisten.

Lehrherren, Dienstherren, Leiter von Betrieben oder deren Bevollmächtigte haben dem Schulpflichtigen die zur Erfüllung der Schulpflicht erforderliche Zeit zu gewähren und ihn zur Erfüllung der Schulpflicht anzuhalten."

wortlichkeit anderer für die Erfüllung der Schulpflicht." Der Gesetzgeber ging also zutreffend davon aus, daß die Anstaltsgewalt sich nicht auf die Eltern der Kinder erstreckt. Wenn nach der Schulordnung bei einem Fernbleiben vom Unterricht wegen Krankheit nur ein ärztliches Attest entschuldigt, so trifft diese Verpflichtung an sich nur den Anstaltsbenutzer, das Kind. Die Gewalt der Anstalt reicht nicht so weit, daß sie auch den Eltern gebieten und verbieten könnte. Es bedurfte erst einer ausdrücklichen gesetzlichen Begründung der entsprechenden Verpflichtungen der Eltern.

Für die Eltern und Verwandten der Insassen von Freiheitsentzugsanstalten bestehen derartige g e s e t z l i c h e Verpflichtungen nicht. Andererseits ist aber auch hier kein Grund für die Annahme einer Drittwirkung der Anstaltsgewalt ersichtlich. In Fürsorgeanstalten beispielsweise sind daher kraft Anstaltsgewalt wirksame Anweisungen an die Eltern der Insassen ebenfalls nicht möglich. Bei den Verboten der Anstaltsleitung, Zündhölzer, Rasierklingen, Zigaretten usw. in die Anstalt zu senden, handelt es sich nur um Hinweise auf gewisse Bestimmungen der Anstaltsordnung, deren Beachtung im Interesse der Anstaltsbenutzer und ihrer Verwandten steht. Es wird lediglich auf die Folgen der Nichtbeachtung der einschlägigen Vorschriften der Anstaltsordnung hingewiesen. Erst wenn ein Paket mit Rasierklingen, Nagelfeilen usw. in der Anstalt eintrifft (also in den räumlichen Bereich der Anstalt gelangt) wird die Anstaltsleitung auf Grund der Anstaltsgewalt tätig, indem sie das Paket zurückschickt, den Inhalt z.T. beschlagnahmt usw. Vorher kann die Anstalt Maßnahmen nur in Aussicht stellen.

Die unter d) bezeichnete Maßnahme wird man dagegen als Ausfluß der Anstaltsgewalt bezeichnen müssen. Der Direktor, der die lärmenden Betrunknen fortweist, überschreitet damit nicht seine Zuständigkeit, da seine Maßnahme durch den Anstaltszweck geboten ist. Daß er keine Zwangsmittel für die Durchsetzung seiner Anordnungen hat, sondern die Polizei um Amtshilfe ersuchen muß, steht auf einem anderen Blatt; diese Tatsache ändert nichts an der Rechtmäßigkeit der Anordnung.¹⁾

Da sich die Abhandlung auf das Anstaltsbenutzungsverhältnis beschränkt, sind nur die vorn unter a) und b) genannten Fälle von

1) Peters, Lehrbuch, S.114;

Bedeutung. Nur hier gibt es einen Anstaltsbenutzer, dessen Grundrechtsstellung durch die öffentlich-rechtliche Gewalt der Anstalt eingeschränkt werden könnte. Aus dem komplexen Begriff der Anstaltsgewalt muß daher jener Teil ausgeklammert werden, der als Grundlage für Maßnahmen gegen Störer innerhalb des Anstaltsraumes¹⁾ sowie gegen Störer außerhalb des räumlichen Bereichs der Anstalt²⁾ dient.

Der nach dieser Einschränkung verbleibende Teil der Anstaltsgewalt, die Macht, Anordnungen an die Anstaltsbenutzer zu erlassen, soll A n s t a l t s d i s z i p l i n genannt werden. Je nach dem Anstaltszweck ist die Anstaltsdisziplin nicht auf den Anstaltsraum beschränkt, sondern geht darüberhinaus und erfaßt die Anstaltsbenutzer auch in außeranstaltlichen Bereichen. Die so verstandene Anstaltsdisziplin läßt sich definieren als den Teil der Anstaltsgewalt, dem alle diejenigen unterliegen, die in einem durch Zulassungsakt begründeten rechtlichen Benutzungsverhältnis stehen, gleichgültig, ob sie die Anstalt tatsächlich benutzen oder nicht, und ob sie sich im räumlichen Bereich der Anstalt aufhalten oder nicht.

3. Kapitel: Das Anstaltsbenutzungsverhältnis als besonderes Gewaltverhältnis

§ 15: Die Theorie OTTO MAYERS

Der für ein besonderes Gewaltverhältnis erforderliche besondere

- 1) Eine "besondere" Gewalt ist für diese Maßnahmen auch gar nicht erforderlich. Den Anstaltsorganen stehen die gleichen Rechte und Befugnisse zu, wie jedem anderen privaten Hausherrn. Um sich eines Hausfriedensbruchs zu erwehren, bedarf es keiner öffentlich-rechtlichen Sondergewalt; die Anstaltsleitung kann sich hierzu ebenso auf Eigentum und Besitz berufen wie jedermann. Diesen Teil der Anstaltsgewalt sollte man Hausgewalt nennen. (Deckt Fall c);
- 2) Dieser Teil der Anstaltsgewalt dient ausschließlich als Ermächtigungsgrundlage für den Erlaß von Maßnahmen, die von der Anstalt nicht selbst durchgesetzt werden können. Da sich diese Maßnahmen gegen außenstehende Nichtbenutzer richten, könnte man im Anschluß an O.Mayer und Fleiner bei diesem Teil der Anstaltsgewalt von Anstaltspolizei sprechen, wobei jedoch betont werden muß, daß im Gegensatz zur Lehre dieser Autoren eine zwangsweise Durchsetzung durch die Anstalt selbst ohne Zuhilfenahme der Polizei im Wege der Amtshilfe, nicht möglich ist. Der Unterschied zur Hausgewalt besteht darin, daß hier keine konkreten privatrechtlichen Rechtsgüter gefährdet werden, sondern der Anstaltsbetrieb.

Zusammenhang war nach OTTO MAYER bei allen Anstaltsbenutzungsverhältnissen gegeben. Sie waren ein typischer Fall des besonderen Gewaltverhältnisses.¹⁾ OTTO MAYER hatte ja den Anstaltsbegriff überhaupt nur wegen des damit verbundenen besonderen Gewaltverhältnisses gebildet. Da er sein Lehrgebäude auf der Konzeption des liberalen Rechtsstaates aufbaute²⁾, mußte er notwendigerweise von dem Rechtssatz als Angelpunkt ausgehen, denn das Wesen dieses Rechtsstaates bestand darin, "restlos alle staatlichen Handlungsmöglichkeiten in einem System von Normierungen zu erfassen und dadurch den Staat zu binden."³⁾ Bei seinen Bemühungen, sämtliche Beziehungen des einzelnen zum Staat in ein System derart gesetzgebundener Verwaltung einzuordnen, hatte er jedoch festgestellt, daß viele der Verwaltung gegenüber bestehende Pflichten der gesetzlichen Grundlage entbehrten. Um sie dennoch "im rechtsstaatlichen Sinne als gerechtfertigt erscheinen zu lassen"⁴⁾, nahm er Zuflucht zu einem allumfassenden Anstaltsbegriff. Damit hatte er diese Lücke geschlossen. Einer schwierigen Rechtfertigung war er enthoben, denn überall griff die Anstaltsgewalt Platz: "Ihr Grund ist überall gleichmäßig nichts anderes als die T a t s a c h e des Eintritts des Gegenstandes anstaltlicher Behandlung in den Bannkreis der Anstalt, und was dieser Tatsache die Kraft gibt, ist lediglich wieder deren Eigenschaft als öffentliche Verwaltung, die sich hier wie in anderen Fällen v o n s e l b s t in dem erforderlichen Maße rechtlich bestimmend und überwiegend werden läßt."⁵⁾ Die Ordnung des anstaltlichen Nutzungsverhältnisses trug also "mit voller Absichtlichkeit nicht das Gepräge des Rechtsstaates".⁶⁾ OTTO MAYER, der seinen deutschen Lesern "jenen großartigen Zug von Achtung vor der hoheitlichen Natur der Tätigkeit des Staates", den er im französischen Rechtskreis festgestellt hatte, zur Nachahmung empfiehlt,⁷⁾ hatte damit in das System des Rechtsstaates eine Bresche zugunsten des Polizeistaates geschlagen.⁸⁾

1) Deutsches Verwaltungsrecht, Bd.1,3.Aufl.,S.285;

2) Vgl. Deutsches Verwaltungsrecht, Bd.1,3.Aufl.,§§ 5,6,7;

3) Carl Schmitt, Verfassungslehre, S.150;

4) Forsthoff, Lehrbuch, S.51;

5) Deutsches Verwaltungsrecht, Bd.2,3.Aufl.,S.285;

6) Ebenda, S.284;

7) Theorie des französischen Verwaltungsrechts, Vorwort,S.IX;

8) Forsthoff bezeichnet Otto Mayer deshalb mit Recht als einen Etatisten aus dem Geiste Hegels, der von den Gegebenheiten des Rechtsstaates aus dachte (Rechtsfragen der leistenden Verwal-

Jeder Anstaltsbenutzer unterlag einer verschärften Abhängigkeit vom Staate, stand damit in einem besonderen Gewaltverhältnis.

§ 16: Die herrschende Lehre

Der Meinung OTTO MAYERS hat man sich bis in die jüngste Zeit¹⁾ vorbehaltlos angeschlossen. Man wird sie daher noch als herrschend bezeichnen müssen, wenn sich auch schon ein Wandel anzubahnen scheint. Die Kritik richtet sich vor allem gegen den Mangel einer scharfen Abgrenzung des besonderen vom allgemeinen Gewaltverhältnis, der sich besonders bei den Anstaltsverhältnissen bemerkbar macht.²⁾

Neue Abgrenzungsversuche finden sich bei OBERMAYER, THIEME, FORSTHOFF und WOLFF.

§ 17: Die Meinung OBERMAYERS

Nach KLAUS OBERMAYER ist der entscheidende Gesichtspunkt, ob der Staatsbürger als "integrierendes Glied" in die öffentliche Verwaltung eingefügt ist. Folglich sieht er nur das Beamtenverhältnis ("aktive Gliedschaft") und die Gefangenen- und Ausbildungsverhältnisse ("passive Gliedschaft") als besondere Gewaltverhältnisse an, während sämtliche anderen Anstaltsverhältnisse, deren Benutzer nicht unmittelbar in den Verwaltungsdienst eingespannt sind, wie die Versicherungsanstalten und die anstaltlich aufgezogenen kommunalen Versorgungsbetriebe, kein besonderes Gewaltverhältnis begründen.³⁾

tung, S.47); - Daß bei Otto Mayer das Streben nach Deutung des als Faktum hingenommenen Rechtsstoffes im Vordergrund stand, zeigt seine Bemerkung: (Die Anstalten) ... "haben immer noch rechtliche Bedeutung und juristischen Wert genug, um zu verdienen, daß man versuche sie zu verstehen, wie sie sind, und ihnen gerecht zu werden." (Deutsches Verwaltungsrecht, Bd.2,2. Aufl.S.473);

- 1) Adolf Arndt wandte sich allerdings schon 1902 heftig gegen die Auffassung, daß die Verwaltung unter dem Vorwand, es handle sich um die Anordnung innerhalb einer öffentlichen Anstalt, praktisch tun und lassen könne, was sie wolle; Das selbst. Verordn. recht, S.36;
- 2) Bachof, VVDStRL 12/61; Thoma hält das Problem der Abgrenzung zwischen allgemeinem und besonderem Gewaltverhältnis sogar für eine Frage des "konstruktiven Beliebens", vgl. Festgabe für O. Mayer, S.178;
- 3) Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, S.86ff;

§ 18: Die Auffassung THIEMES

WERNER THIEME sieht als "echte" besondere Gewaltverhältnisse nur die öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse und das Gewaltverhältnis über Strafgefangene an. Die sonstigen Anstaltsverhältnisse, so meint er, könne man wohl auch noch als besondere Gewaltverhältnisse bezeichnen, sie stünden jedoch ihrem Wesen nach nur sehr beschränkt im Gegensatz zum allgemeinen Gewaltverhältnis.¹⁾

§ 19: Die Ansicht FORSTHOFFs

ERNST FORSTHOFF will den Begriff der Anstalt einschränken, um auf diese Weise die ihm untragbar scheinenden Folgen des besonderen Gewaltverhältnisses zu vermeiden, und die "Lücke des Rechtsstaats"²⁾ zu schließen. Er fordert eine schärfere Trennung von Binnen- und Außenfunktion der Verwaltung nach festen sachlichen Kriterien. Als Anstalt soll nur noch ein Gebilde bezeichnet werden, das einen nach außen hin abgeschlossenen Bereich darstellt, wobei diese Abgeschlossenheit jedoch nicht sichtbar in Erscheinung zu treten braucht. Die Darbietung von Leistung sei als eine typische Außenfunktion einzustufen und demnach müßten sämtliche Versorgungsanstalten aus dem Anstaltsbegriff ausgeklammert werden. Ein besonderes Gewaltverhältnis liegt nach ihm nur dann vor, "wenn mit oder ohne räumliche Geschlossenheit ein fester, umgrenzter Personenkreis vorhanden ist, der, sei es auf Grund einer Norm, sei es auf Grund einer effektiven, nicht bloß fingierten Willensbekundung der einzelnen Beteiligten in eine besondere Abhängigkeit von der öffentlichen Gewalt eingetreten ist."³⁾

§ 20: Die Lösung WOLFFs

HANS J. WOLFF unterscheidet zwischen sonderstatusbegründenden

1) Deutsches Hochschulrecht, S. 39ff;

2) Lehrbuch, S. 118;

3) Lehrbuch, S. 112;

und den allgemeinen Status nicht verändernden Anstalten.¹⁾ Einen Sonderstatus begründen nur die abgeschlossenen Anstalten sowie das Schulverhältnis und das Hochschulverhältnis, während die Benutzung anderer offener Anstalten keinen besonderen Status, "sondern nur die v e r t r a g l i c h e oder v e r t r a g s - ä h n l i c h e Pflicht, die rechtmäßigen Anordnungen der Anstaltsgewalt zu befolgen", begründet. Aus dem Begriff des besonderen Gewaltverhältnisses müssen nach WOLFF demnach sämtliche Benutzungsverhältnisse von Versorgungs- und Verkehrsbetrieben, Museen, Bibliotheken, Theatern usw. ausgeschieden werden.

§ 21: Zusammenfassung

Die von der herrschenden Lehre abweichenden Meinungen der genannten Autoren lassen sich nicht auf einen Nenner bringen. Sie benutzen für die Abgrenzung des besonderen vom allgemeinen Gewaltverhältnis zu unterschiedliche Kriterien. Während FORSTHOFF beispielsweise das Benutzungsverhältnis in einem Museum noch als besonderes Gewaltverhältnis auffaßt²⁾, ist es nach WOLFF als nicht sonderstatusbegründend kein solches mehr.³⁾ Nach THIEME gehören nicht einmal mehr die Schulverhältnisse zu den "echten" besonderen Gewaltverhältnissen. OBERMAYERS Aufzählung dürfte ergänzungsbedürftig sein, denn es ist nicht ersichtlich, wieso der Benutzer eines Krankenhauses, Sanatoriums, Krüppelheimes usw. nicht ebenso "bearbeitet" wird, wie der Schüler und Strafgefangene. Bei WOLFFs Neuorientierung macht die Einführung einer neuen Unbekannten Schwierigkeiten, weil der Begriff der offenen und geschlossenen, bzw. abgeschlossenen Anstalt in unterschiedlicher Bedeutung gebraucht wird. HANS J. WOLFF und CARL HERMANN ULE gehen von dem Benutzer und seinen Beziehungen zur Umwelt aus und verstehen demnach unter offenen Anstalten solche, die den Anstaltsbenutzer mit seiner Mit- und Umwelt in Verbindung lassen, und unter abgeschlossenen Anstalten ausschließlich die, welche den Gewaltunterworfenen von

1) § 32 IV c 4; - eine Anregung Werner Webers aufgreifend, der in Bezug auf die Anstalten zwischen "schlichten Anstaltsbenutzungsverhältnissen" und "Status-Verhältnissen" unterscheidet, vgl. VVDStRL 15/188f;

2) Lehrbuch, S. 113;

3) § 32 IV c 3 und 4;

seiner bisherigen Umwelt auch gegen seinen Willen absperren.¹⁾ ERNST FORSTHOFF demgegenüber nimmt die Unterscheidung von der Verwaltung her vor, also vom Anstaltsträger. Geschlossenheit liegt schon dann vor, wenn "ein fest umgrenzter Personenkreis vorhanden ist."²⁾ Über die Beziehungen der Mitglieder dieses Personenkreises zu ihrer Umwelt ist damit noch nichts gesagt.

Einheitlich scheint dagegen die Ablehnung des Benutzungsverhältnisses von Verkehrs- und Versorgungsanstalten als besonderes Gewaltverhältnis zu sein. In der Tat ist bei diesen Anstaltsverhältnissen die Gegenüberstellung zum allgemeinen Gewaltverhältnis schon aus dem Grunde problematisch, weil von einer Besonderheit der Abhängigkeit vom Staate keine Rede mehr sein kann in einer Zeit, wo jeder existentiell auf die Versorgungsleistungen der öffentlichen Hand angewiesen ist.

Für die weitere Untersuchung soll jedoch von der als noch herrschend bezeichneten Lehre ausgegangen werden.

4. Kapitel: Rechtfertigung der besonderen Gewaltverhältnisse nach der konstitutionellen Staatslehre

Die Einschränkung der Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis nach der konstitutionellen Staatslehre beruht auf dem historisch-konventionellen Rechtssatzbegriff mit seiner scharfen Trennung zwischen Innen und Außen, der Auflösung der einzelnen Grundrechte im allgemeinen Grundrecht auf Freiheit von gesetzeswidrigem Zwang und der Identifikation dieses Grundrechts mit dem Vorbehalt des Gesetzes. Das soll im folgenden näher dargelegt werden.

§ 22: Historisch-konventioneller Rechtssatzbegriff

Der Rechtssatzbegriff der konstitutionellen Staatslehre ist ein Produkt der Verfassungskämpfe des 19. Jahrhunderts.³⁾ Sein Wesensmerkmal ist der Eingriff in Freiheit und Eigentum des einzelnen.⁴⁾

1) Wolff, § 32 IV c 3 und 4; Ule, VVDStRL 15/184;

2) Lehrbuch, S.122;

3) Vgl. hierzu Böckenförde, Gesetz und Gesetzgebende Gewalt, bes. S.210ff; Forsthoff, Festschrift f.Carl Schmitt, S.35;

4) Meyer-Anschütz, Staatsrecht, S.656; Anschütz, WBStVR II, S.213; Laband, Staatsrecht, S.649, Bd.1; Jellinek, Gesetz und Verordnung, S.232; Thoma, Festschrift f.O.Mayer, S.167f;

Der Inhalt der Gesetzgebung im materiellen Sinne wird gleichgesetzt mit dem Vorbehalt des Gesetzes, der ursprünglich eine politische Forderung des liberalen Bürgertums gewesen war. GERHARD ANSCHÜTZ schrieb: "Die Formel Freiheit und Eigentum will das Gebiet der Gesetzgebung im materiellen Sinne nicht zerlegen in einen der konstitutionellen Legislative und einen der Regierung allein gehörenden Teil, sondern sie will ... das Ganze der materiellen Gesetzgebung der Legislative überweisen. Die Formel schränkt den materiellen Gesetzesbegriff nicht ein, sondern sie definiert ihn, und zwar ... in richtiger und erschöpfender Weise."¹⁾ Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung wurde damit als Garantie der individuellen Freiheit und des persönlichen Eigentums und nicht mehr als eine Folge der innerstaatlichen Gewaltenteilung verstanden.²⁾

§ 23: Trennung zwischen Innensphäre und Außensphäre

Dieser Rechtssatzbegriff hatte den Zweck, "die Sphäre der freien Tätigkeit von Persönlichkeiten gegeneinander abzugrenzen."³⁾ Rechtssatz war nur die Norm, deren Zweck die Abgrenzung von Willenssphären war.⁴⁾ Er wurde "der sozialen Schrankenziehung wegen" erlassen.⁵⁾ Aus dem Erfordernis des **Eingriffs** ergab sich also die Notwendigkeit einer scharfen Trennung zwischen Innensphäre und Außensphäre des Staates, denn für den Staat kann ebenso wie bei einer natürlichen Person nur da für einen Rechtssatz Raum sein, wo seine Willenssphäre mit irgendeiner anderen vom Recht anerkannten in Kontakt kommt, wo ein wechselweiser Eingriff, eine Kollision möglich ist.⁶⁾ "Regeln dagegen, die sich innerhalb der Verwaltung selbst halten, die in keiner Richtung einem außerhalb derselben stehenden Rechtssubjekt Beschränkungen auferlegen ..., ihm nichts gebieten und nichts verbieten" konnten nicht Inhalt eines Rechtssatzes sein.⁷⁾ Der Staat wurde als ein nach außen abgegrenztes

1) Meyer-Anschütz, Staatsrecht, S.656f;

2) Imboden, Das Gesetz als Garantie, S.19f;

3) Jellinek, Gesetz und Verordnung, S.240;

4) Anschütz, Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz, S.33;

5) Jellinek, Gesetz und Verordnung, S.240;

6) Laband, Staatsrecht, Bd.1,3.Aufl.,S.649;

7) Laband, ebenda;

Rechtssubjekt begriffen und wie eine natürliche Person behandelt. Ebenso wie die inneren Vorgänge eines Menschen - Gesinnung und Handlungsmotive - erst im Hinblick auf das gezeigte soziale Verhalten rechtlich erheblich werden, hält man die Innensphäre des Staates für rechtlich nicht normierbar.¹⁾

§ 24: Das besondere Gewaltverhältnis als rechtssatzfreier Raum²⁾

Alle sich in der Außensphäre des Staates abspielenden Beziehungen zwischen Staat und Bürger wurden unter dem Begriff des allgemeinen Gewaltverhältnisses zusammengefaßt. Durch den Eintritt in ein besonderes Gewaltverhältnis wurde der Bürger in die Innensphäre des Staates einbezogen. Ein Musterbeispiel für diesen Vorgang bildete die Anstalt. Der Benutzer wurde ein "arbeitendes oder zu bearbeitendes Glied der Verwaltung"³⁾, ein "Rad im Anstaltsgetriebe"⁴⁾. Er verlor dem Staate gegenüber seine selbständige rechtliche Existenz, er wurde "mediatisiert".⁵⁾ Er befand sich damit in einem rechtssatzfreien Raum, wo der Vorbehalt des Gesetzes nicht galt,⁶⁾ da ein Eingriff nicht möglich war, denn es war nur eine einzige rechtlich erhebliche Willenssphäre vorhanden, die des Staates.

1) Bachof, Laforetffestschrift, S.296; Herbert Krüger, Smendffestschrift, S.213;

2) Die Erkenntnis, daß das besondere Gewaltverhältnis nur ein rechtssatzfreier und kein rechtsfreier Raum - i.S. des Rechts als an der Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit orientierten Ordnung sozialer Beziehungen innerhalb einer Gruppe von Menschen - sei (vgl. Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S.16; Dahm, Deutsches Recht § 1), hatte sich schon früh durchgesetzt. Zuerst für das Strafgefangenenverhältnis durch die Arbeiten von Freudenthal (vgl. z.B. Zges.StrW 32/222); vgl. Thoma, HdbDStR Bd.2, S.125,222: in einem "weiteren rechtsphilosophischen Sinne" sind auch die Anordnungen im besonderen Gewaltverhältnis Rechtsnormen. Heute h.L., vgl. Wolff, § 32 IV; Bachof, Laforetffestschrift, S.290; ders. VVDStRL 12/58; Dahm, Deutsches Recht, S.367; Nawiasky, Zitelmannffestschrift, S.17; Ule, Gerichtlicher Rechtsschutz, S.27; Krüger, Smendffestschrift, S.231; ders. Gutachten, S.15; a.A. Meyer, DÖV 54/68, der fälschlich von dem Soldaten als Objekt spricht;

3) Fleiner, Institutionen, S.67;

4) Fleiner, ebenda;

5) Fleiner, ebenda;

6) Vgl. Kahn, Diss., S.8 und 11;

§ 25: Vorbehalt des Gesetzes als Urgrundrecht

Diese Konstruktion hatte zur Folge, daß die besonderen Gewaltverhältnisse zu grundrechtsfreien Räumen wurden, denn die einzelnen Grundrechte wurden nur als spezielle Ausgestaltungen des Vorbehalts des Gesetzes angesehen.¹⁾ Durch ihn wurde der Freiheitsanspruch des Untertanen, der status negativus, gegenüber der Staatsgewalt abgesichert. Wo dieses "Urgrundrecht" oder "allgemeine Freiheitsrecht" nicht galt, konnte sich der Bürger notwendigerweise auch nicht auf seine einzelnen Ausflüsse berufen.²⁾

5. Kapitel: Kritik dieser Rechtfertigung

§ 26: Merkmal des Eingriffs

Der Gesetzesbegriff, der sich auf Eingriffe in Freiheit und Eigentum beschränkt, erweist sich immer mehr als überholt, denn er ist situationsbedingt und durchaus nicht wie ANSCHÜTZ meinte, "erhaben über den Wandel der Staatsformen und Staatsauffassungen" und "unabhängig von dem Wechsel der Auffassungen über das Verhältnis des Rechts zum Staat."³⁾ Er kann seinen Ursprung als politische Forderung nicht verleugnen.⁴⁾ Zur Zeit seiner Entstehung mag dieser Gesetzesbegriff durchaus seine Berechtigung gehabt haben. Damals fehlte es an einer Durchbildung der Gewaltenteilung und einem verfassungsrechtlichen Grundrechtskatalog, sodaß durch den Vorbehalt des Gesetzes dem Staatsbürger eine individuelle Freiheitssphäre gesichert wurde. Sobald aber eine mit Grundrechtsgarantien ausgestattete Verfassung diese Funktion übernahm, wurden "zugleich zwei tragende Elemente der modernen konstitutionellen

-
- 1) Anschütz, Die Verfassungsurkunde f.d.preuß. Staat, S.96; ders. Kommentar zur WRV, S.461; Meyer-Anschütz, Staatsrecht, S.955; Jellinek, System, S.103; O.Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte, S.87; Thoma, OVG-Festschrift, S.185,195; ders. HdbDStR, Bd.2, S.619; kritisch Carl Schmitt, HdbDStR, Bd.2, S.586 u. Stier-Somlo, GR und GPf, Bd.1, S.168ff;
- 2) Vgl. Carl Schmitt, HdbDStR, Bd.2, S.586;
- 3) Vgl. Meyer-Anschütz, Staatsrecht, S.640 Anm.a);
- 4) Vgl. Menger, VVDStRL 15/3; Heller, VVDStRL 4/98ff, 101ff; Scheuner, Übertragung, S.113,118; ders. Festschrift f. Smend, S.262; vgl. auch Wehrhahn, VVDStRL 15/36ff;

Lehre entwertet."¹⁾ Die Gewaltenteilung wurde ihres Charakters als umfassendes Ordnungsprinzip beraubt, da nur Anordnungen bestimmten Inhalts in den Bereich der Legislative gehörten, und die Grundrechte wurden zu "bloßen Programmsätzen"²⁾. Für die Weimarer Reichsverfassung sprach man deshalb auch von "leerlaufenden Grundrechten"³⁾. Schon aus diesem Grunde hat dieser Gesetzesbegriff, der eben kein theoretisch-logischer, sondern ein historisch-konventioneller ist,⁴⁾ seine Berechtigung in der heutigen Rechtsordnung verloren.⁵⁾

Ein weiteres Argument kommt hinzu. Das Bild des Staates hat sich seither grundlegend geändert. Der Staat tritt dem einzelnen in zunehmendem Maße nicht mehr nur obrigkeitlich, sondern leistend und Vorteile gewährend entgegen. Der moderne Staat ist ein Staat der Daseinsvorsorge.⁶⁾ Die von der Verwaltung als Leistungsträger angebotenen Dienste sind heute für den einzelnen ebenso wichtig wie Freiheit und Eigentum.⁷⁾ Die Daseinsvorsorge, als Machtmittel eingesetzt, kann zu der totalen Abhängigkeit des Bürgers vom Staate führen.⁸⁾ Die Freiheit des einzelnen ist in demselben Maße wie durch gesetzeswidrige Eingriffe durch die "graue Sphäre"⁹⁾ der Leistungsverwaltung bedroht. Was heute für den einen eine Vergünstigung und Gewährung bedeutet, erweist sich für andere direkt oder indirekt, offen oder versteckt, als Last.¹⁰⁾ Im verwaltenden Sozialstaat nehmen die Gesetze immer mehr den Charakter von Verteilungsplänen an, sie haben sich "in Aktionspläne verwandelt, nach denen Aufgaben der sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Daseinsvorsorge ins Werk gesetzt, das Sozialprodukt verteilt und in der großen Fürsorge-, Ausgleichs- und Versorgungsapparatur des industrialisierten

1) Imboden, Das Gesetz als Garantie, S.20;

2) Imboden, ebenda;

3) Carl Schmitt, HdbDStR, Bd.2, S.585;

4) Thoma, Festschrift für O.Mayer, S.176; Wolff, § 24 II;

5) Merkl, Festgabe für Giacometti, S.74 ff; Imboden, Das Gesetz als Garantie, S.41;

6) Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, S.47; Weber, Weimarer Verfassung und Bonner Grundgesetz, S.28; Müller-Heidelberg, DVBl 53/130;

7) Forsthoff, Lehrbuch, S.109;

8) Bachof, VVDStRL 12/57ff; Flume, Smendfestschrift, S.96Anm. 78;

9) Dürig, Maunz-Dürig, Anm.81 zu Art.2 Abs.1;

10) Imboden, Das Gesetz als Garantie, S.42;

sierten Massenstaates die Voraussetzungen einer gleichheitlichen Lebenssicherheit aller aufbereitet werden."¹⁾ Angesichts der inneren Einheit der Rechtsordnung, der Wechselbeziehungen zwischen Eingriffen und Leistungen, ist es inkonsequent, nur für Eingriffe eine gesetzliche Grundlage zu fordern.²⁾³⁾

§ 27: Grenze zwischen Innensphäre und Außensphäre

Hält man an dem Erfordernis des Eingriffs fest, so ist dennoch eine Neuorientierung der Abgrenzung dieser beiden Sphären erforderlich. Auszugehen ist davon, daß es grundsätzlich berechtigt ist, eine Unterscheidung zwischen Innen und Außen zu treffen. Am deutlichsten zeigt sich das bei der natürlichen Person. Der einer bestimmten Rechtsordnung verpflichtete Mensch ist dieser nicht in der Ganzheit seiner Existenz unterworfen. Er kann erst dann mit ihr in Konflikt kommen, wenn er äußerlich wahrnehmbar gegen sie verstößt. Entscheidend ist das soziale Verhalten. Gedanken, Pläne und Motive sind solange rechtlich irrelevant, als sie nicht eine Umgestaltung der sozialen Umwelt hervorrufen.⁴⁾ Auch der juristischen Person wird man ein "Innenleben" nicht absprechen dürfen, so beispielsweise, wenn Anordnungen zwischen ihren Organen ergehen. Es ist durchaus gerechtfertigt, Anordnungen, die von leitenden Organen an die nachgeordneten, weisungsabhängigen Organe und Ämter ergehen, den Rechtsquellencharakter abzusprechen.⁵⁾ Die Anordnungen innerhalb der Anstalten müssen jedoch als Rechtsquellen anerkannt werden, denn hier kann von einer Einbeziehung in den inneren Organismus des Staates im Sinne einer Organträgerschaft nicht gespro-

-
- 1) Imboden, Das Gesetz als Garantie, S.42; Weber, Festschrift für Carl Schmitt, S.262;
 - 2) Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd.1, S.6off;
 - 3) Diese Kritik muß sich auch der Rechtssatzbegriff Krügers gefallen lassen (vgl. Smendfestschrift, S.211ff); Krüger geht von der Unterscheidung Smends zwischen Integrationswert, Rechtswert und Verwaltungswert aus (vgl. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, S.82). Rechtssatz ist nach Krüger eine Norm, "die dem Frieden zu dienen bestimmt und nach dem Maßstab der Gerechtigkeit gebildet ist", Verwaltungssatz dagegen eine Norm, "die die Wohlfahrt fördert und nach dem Maßstab der Zweckmäßigkeit gestaltet wurde." - Vgl. auch die Kritik Bachofs, Laforetffestschrift, S.29of;
 - 4) Bachof, Laforetffestschrift, S.297;
 - 5) Wolff, JZ 53/88f;

chen werden. Sie erfassen die Anstaltsbenutzer unmittelbar in ihrer Eigenschaft als Person.¹⁾ Auch derjenige, der sich freiwillig oder kraft gesetzlicher Verpflichtung in ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis zur Anstalt begibt, bleibt Rechtsperson und wird nicht bloß Objekt einer besonderen Herrschaftsgewalt.²⁾ Die Anstaltsordnungen müssen daher als Verordnungen mit materiellem Gesetzescharakter angesprochen werden.

Seltsamerweise hat die herrschende Lehre die Folgerungen aus den dargelegten Gedankengängen nur für die Einzelakte gezogen. Sie erkennt an, daß Akte innerhalb eines Anstaltsverhältnisses Verwaltungsakte sein können.³⁾ Die generellen Anordnungen dagegen werden nach wie vor nicht als Gesetz im materiellen Sinne angesehen.⁴⁾ Diese unterschiedliche Behandlung ist nicht gerechtfertigt. Es gibt nur ein Entweder-Oder.⁵⁾ Einzelakte und generelle Anordnungen können beide in die Rechte der Anstaltsbenutzer eingreifen.⁶⁾

Für das Anstaltsbenutzungsverhältnis kommt der Unterscheidung zwischen Innensphäre und Außenverhältnis des Staates in diesem Zusammenhang⁷⁾ daher keine Bedeutung zu.⁸⁾

1) Wolff, § 25 VIII a;

2) Wolff, ebenda;

3) Bachof, Vornahmeklage, S.24; Eyermann-Fröhler, Kommentar zum VGG, § 22 Anm.A I bb; dies. Kommentar zur VwGO, Anm.51 zu § 42; Hufnagel, Verwaltungsgerichtsordnung, S.111; Jellinek, DRZ 48/271; Klinger, Kommentar, S.156; Schunck-De Clerk, Kommentar, S.65; Menger, System, S.111f, Fußn.29; Kochler, Verwaltungsgerichtsordnung, Anm.A IV zu § 42; BVerwGE 5/153 (Leitsatz 1); BVerwG DÖV 55/341; OVG Lüneburg AS 2/220 (Leitsatz 1); OVG Hamburg, DVBl 53/506 (Leitsatz 1); VGH Stuttgart, DÖV 53/690 (Leitsatz); a.A. Wacke, AöR 76/451; OVG Koblenz, AS 2/310 (Leitsatz); OVG Lüneburg, DVBl 53/663 (Leitsatz);

4) BVerfG, JZ 52/110; Klinger, Kommentar, S.121; Schunck-De Clerk, S.265;

5) VGH Freiburg, DÖV 50/314 (315);

6) Folgerichtig Wolff, der einen neuen Begriff prägt: "Sonderverordnungen", denen er Rechtscharakter zuspricht, vgl. § 25 VIII;

7) Hier handelt es sich nur darum, darzulegen, warum die Rechtfertigung des besonderen Gewaltverhältnisses als eines rein tatsächlichen Innenverhältnisses nach der konstitutionellen Staatslehre eine unhaltbare Zweckkonstruktion ist. Wenn die Möglichkeit nicht auszuschließen ist, daß im besonderen Gewaltverhältnis zumindest auch Maßnahmen getroffen werden können, die den Gewaltunterworfenen, den Anstaltsbenutzer usw. unmittelbar in seiner Eigenschaft als Person erfassen, so bricht diese Rechtfertigungskonstruktion zusammen, denn dann handelt es sich nicht mehr um einen rein internen Vorgang in der Innensphäre des Staates, sondern um einen Akt, der nach außen wirkt, der in die rechtlich selbständige Willenssphäre eines Dritten - vom Staat her gesehen also in die

6. Kapitel: Rechtfertigung der besonderen Gewaltverhältnisse unter der Weimarer Reichsverfassung

Schon zur Zeit der Weimarer Reichsverfassung wurde die "Recht-

Außensphäre - eingreift. Schon die Möglichkeit derartiger Maßnahmen mit Außenwirkung verbietet die Einbeziehung der besonderen Gewaltverhältnisse als Ganzes in die Innensphäre des Staates. Damit ist nicht ausgeschlossen, daß im Einzelfall auch Anweisungen ergehen können, die sich innerhalb des Eigenbereichs des Staates halten, also keine Eingriffe darstellen. Es muß nur immer auf den konkreten Einzelfall abgestellt werden. Eine begriffliche Unterscheidung ermöglicht Ules Lehre von der Trennung zwischen Grundverhältnis und Betriebsverhältnis innerhalb des besonderen Gewaltverhältnisses (VVDStRL 15/133ff). Ules Abhandlung zeigt anschaulich, daß innerhalb des besonderen Gewaltverhältnisses ein Teil der Beziehungen sich in der staatlichen Innensphäre abspielen kann (= Betriebsverhältnis), daß aber daneben zwischen Individuum und Staat auch solche Beziehungen bestehen, die auf die getrennten und unabhängigen Persönlichkeitsbereiche beider einwirken (= Grundverhältnis). Will man die Theorie der konstitutionellen Staatslehre aufrechterhalten, so muß man entweder sowohl das Betriebsverhältnis als auch das Grundverhältnis zur Innensphäre des Staates rechnen, oder die Existenz eines Grundverhältnisses leugnen, sodaß man besonderes Gewaltverhältnis gleich Betriebsverhältnis setzen kann. Daß beides nicht zugänglich ist, hat Ule a.a.O. überzeugend dargelegt. - Auf das Verhältnis zwischen Grundverhältnis und Betriebsverhältnis, insbesondere die Abgrenzung gegeneinander, braucht nicht näher eingegangen zu werden. Hier genügt die Feststellung, daß das Anstaltsbenutzungsverhältnis als Ganzes nicht zur Innensphäre des Staates gerechnet werden kann, was gerade die konstitutionelle Staatslehre behauptet hatte. Der Trennung zwischen Innensphäre und Außenbereich des Staates kommt also nicht die Bedeutung zu, die ihr früher beigelegt wurde. Denn sie löst nicht das Problem, ob eine Rechtsbeeinträchtigung vorliegt, weil die Schlußfolgerung: Anstaltsbenutzungsverhältnis = besonderes Gewaltverhältnis = Innenbereich des Staates = kein Eingriff, eine reine Fiktion ist, sondern wirft in jedem Einzelfall die Frage auf, ob sich die Maßnahme in dem Innenbereich des Staates hält (im Betriebsverhältnis ergeht), oder ob ein Eingriff vorliegt (der das Grundverhältnis berühren muß);

- 8) Es wird nicht verkannt, daß sich dadurch Schwierigkeiten bezüglich der Ermächtigung der Verwaltung zum Erlaß dieser Rechtsverordnungen ergeben. Aber nur um die Fiktion, die Gewaltenteilung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung sei verwirklicht, zu retten, sollte man den Rechtssatzcharakter der Anstaltsordnungen nicht infrage stellen. Hingewiesen sei auf die Lösungen Wolffs (§ 25 VIII) und Bachofs (VVDStRL 12/59), die eine gewohnheitsrechtliche Begründung der Ermächtigung zur Rechtsetzung annehmen, und auf die Lehre Kaufmanns (Übertragung, S.174), der die Gewaltenteilung in einem von der h.L. abweichenden Sinne auffaßt. Er hält die Legislative nur für die oberste, nicht aber die einzige rechtsetzende Gewalt i.S. der Lehre Locke's und Montes-

fertigung" der Einschränkung der Freiheitsgrundrechte im besonderen Gewaltverhältnis durch die konstitutionelle Staatslehre als politische Zweckkonstruktion entlarvt.¹⁾ Die Erkenntnis, daß man die Anstaltsbenutzungsverhältnisse selbst dann nicht als rechtssatzfreie Räume ansehen kann, wenn man an dem Erfordernis des Eingriffs als Kriterium des Rechtssatzes festhält, setzte sich immer mehr durch. Deshalb rechnete man die Anstaltsverhältnisse zur Außensphäre des Staates. Ein Eingriff in die Freiheit des einzelnen war also möglich, und folglich mußte auch der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung Geltung beanspruchen. Folgerichtig wurde daher bei unfreiwilligem Eintritt in eine Anstalt ein Gesetz als Grundlage gefordert.²⁾ War eine gesetzliche Grundlage für Zwangseinweisung oder Benutzungszwang gegeben, so war damit gleichzeitig die Frage nach den Freiheitsgrundrechten in diesen Benutzungsverhältnissen geklärt. Denn ein besonderes Problem der Einschränkung von Freiheitsgrundrechten stellte sich bei Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage für den Einweisungsakt überhaupt nicht. War der Bürger auf Grund eines Gesetzes in die Anstalt eingewiesen worden, so war dem Vorbehalt des Gesetzes Genüge getan, und da die Freiheitsrechte unter dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung leerliefen,³⁾ konnten auch diese nicht verletzt werden. Das Gesetz, welches die zwangsweise Begründung eines Anstaltsbenutzungsverhältnisses zuließ, war die Grundlage für alle zur Erreichung des Anstaltszwecks erforderlichen Maßnahmen. Diese waren daher verfassungsrechtlich zulässig. Das Problem der Ein-

quieus. Die vollziehende Gewalt sei originäre Staatstätigkeit und nicht allein gesetzessvollziehende. Vgl. auch Imboden, Das Gesetz als Garantie, besonders S.39; Hans Huber, Giacomettifestgabe, S.65; Ähnlich der Lehre Wolffs und Bachofs geht Leisner, DVBl 60/617ff, von einer ungeschriebenen Ermächtigung zur Rechtsetzung aus;

1) Vgl. Köhl, Diss., S.77;

2) Z.B. Schule - Schulpflichtgesetz; Strafvollzugsanstalten - Strafgesetzbuch und Strafprozeßordnung; vgl. Freudenberger, Annalen 1931/175, 191, 193 - 195; Maunz, Verwaltung, S. 69; Hatschek, Lehrbuch, S. 502; Jellinek, Verwaltungsrecht, S.122; Köttgen, Deutsche Verwaltung, S.180; Herrnritt, Grundlehren, S. 247; Carl Schmitt, HdbDStR, Bd.2, S.576; Häntzschel, ebenda, S.658; wüEVRO, Begründung, S.449;

3) Carl Schmitt, HdbDStR, Bd.2, S.586f; kritisch schon Smend, VVDSt-
Rl 4/46; ders. Verfassung und Verfassungsrecht, S.164;

schränkbarkeit der Freiheitsgrundrechte wurde gleichsam vorgezogen und bereits mit der Frage der Zulässigkeit der Zwangseinweisung und des Benutzungszwangs entschieden.

7. Kapitel: Kritik dieser Rechtfertigung

Unter der Geltung des Grundgesetzes kann dem Vorbehalt des Gesetzes nicht mehr die Bedeutung eines Urgrundrechts zukommen. Die Freiheitsrechte des Bonner Grundgesetzes haben eine Aufwertung erfahren,¹⁾ sodaß diese Lehre als endgültig überwunden angesehen werden muß. Daß die Grundrechte nicht zur Disposition des Gesetzgebers stehen, bestimmt unzweideutig Art.1 Abs.3 des Grundgesetzes: "Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht."

Auch die Tatsache, daß eine Anzahl von Freiheitsgrundrechten nach der Verfassung durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes einschränkbar ist, kann nicht zur Übernahme der im vorigen Kapitel dargelegten Lehre führen. Zunächst stehen nicht alle Grundrechte unter einem Gesetzesvorbehalt (z.B. Art.4 - auch Abs.2! - und Art. 8 Abs.1). Weiterhin sind die Rechtsgüter, zu deren Gunsten Einschränkungen der Freiheitsgrundrechte zulässig sind,²⁾ so unterschiedlich, daß es unmöglich ist, sie unter den Anstaltszweck der jeweiligen Anstalt zu subsumieren, in der eine Einschränkung der Freiheit der Benutzer erforderlich ist. Schließlich ist mit der gesetzlichen Zulassung einer Zwangseinweisung noch lange nicht gesagt, daß im Einzelfall eine Maßnahme zulässig ist, die in die Freiheitsrechte des Benutzers eingreift. Die Verschiebung der Problematik auf den Einweisungsakt ist eine Hilfskonstruktion, die zur Weimarer Zeit noch angängig gewesen sein mag, für die Grundrechte des Grundgesetzes, die eben auch den Gesetzgeber binden, kommt ihr keine Bedeutung mehr zu.

1) Kaegi, Festgabe zur 100-Jahrfeier der Bundesverfassung, S.55; Krüger, Verfassungslehre, S.25; ders., Gutachten, S.18; ders. DVBl 50/628; Klein, VVDStRL 8/88;

2) Z.B. Art.5 Abs.3: Schutz der Jugend und der persönlichen Ehre; Art.9 Abs.2: Völkerverständigung u.a.;

2. Abschnitt: Freiwilliger Verzicht auf Grundrechtsausübung

Eine Einschränkung der Grundrechte könnte durch Verzicht auf die Ausübung der Grundrechte bei einem freiwilligen Eintritt in ein Anstaltsbenutzungsverhältnis gerechtfertigt sein.

Aus dem obersten Konstitutionsprinzip¹⁾ des Grundgesetzes, der Würde des Menschen, folgt, daß der Staatsbürger auch die Freiheit haben muß, von bestimmten Erscheinungsformen der Freiheit keinen Gebrauch machen zu wollen.²⁾ Gerade von Verfassungen wegen muß ein solcher Verzicht erheblich sein. Denn eine "Freiheit" ohne die Möglichkeit, von ihr keinen Gebrauch zu machen, wäre nicht Freiheit, sondern Verpflichtung.³⁾ Die Theorie "volenti non fit iniuria" ist deshalb mit dem Grundgesetz vereinbar.⁴⁾

Allerdings ist nur der Verzicht auf die Ausübung der Grundrechte zulässig. Die von dem Grundgesetz dem Menschen oder Bürger gewährten oder bestätigten Grundrechte sind in ihrer Geltung wesensmäßig der privaten Disposition des einzelnen entzogen, dem sie um seines Menschseins willen gegeben sind.⁵⁾ Diese grundsätzliche Unverzichtbarkeit der Geltung der Grundrechte ist eine Sicherung ihres Bestandes.⁶⁾

In jedem Falle muß es sich um eine effektive und nicht nur fingierte freie Willensbekundung handeln. Aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im negativen Sinne⁷⁾ ergibt sich insoweit eine Einschränkung des Satzes "volenti non fit iniuria", als die Verwaltung zur Wahrung von Treu und Glauben verpflichtet ist. Die Verwaltungsorgane dürfen z.B. nicht Irrtums-, Täuschungs- oder Zwangslagen ausnutzen oder gar herbeiführen.⁸⁾ Damit die Einschränkung des Grundrechtsgebrauchs nicht im Ergebnis auf eine Entziehung des Grundrechts in seiner Geltung hinausläuft, muß der Austritt aus diesem Anstaltsverhältnis jederzeit zulässig sein.⁹⁾

1) Wintrich, Problematik, S.10;

2) Dürig, AöR 81/152;

3) So schon Freudenberger, Annalen 1931/191;

4) Forsthoff, Lehrbuch, S.116f; Dürig, AöR 81/152;

5) Krüger, Verfassungslehre, S.25; ders. DVBl 50/629; Köttgen, RSW IV, S.236;

6) Koellreutter, Staatsrecht, S.52; Maunz, Staatsrecht, S.101; Zinn-Stein, Vorbem. IV 1 Abs.6 vor Art.1; Dürig, ZgesStW 109/328;

7) Gebot der Beachtung der allgemeinen und besonderen Rechtsgrundsätze, vgl. Wolff, § 30 II 3;

8) Wolff, § 30 II 3;

9) Krüger, DVBl 50/629; Leisner, DVBl 60/619;

Diese an die Freiwilligkeit zu stellenden Voraussetzungen sind nur selten gegeben.

1. Kapitel: Versorgungsanstalten

So fehlt ein wirksamer Verzicht insbesondere bei den kommunalen Versorgungsanstalten. Die Freiwilligkeit ist hier eine reine Fiktion.¹⁾ Theoretisch steht es zwar jedem frei, mit Holz zu feuern, bei Petroleumlicht zu sitzen und sein Wasser aus eigenem Brunnen zu schöpfen.²⁾ Abgesehen von finanziellen Mehrbelastungen großen Ausmaßes ist das jedoch in den meisten Fällen praktisch überhaupt nicht möglich. So wird beispielsweise das Grundwasser - wenn überhaupt vorhanden - oft gar nicht verwendbar sein. Wenn OTTO MAYER das Verhältnis des Anstaltsbenutzers zur Anstalt mit einem "Zustand verminderter Freiheit" charakterisierte,³⁾ so ist das auch heute noch allzu wahr, wenn auch in einem anderen Sinne. Heute nämlich ist die Verminderung der Freiheit nicht mehr durch einen obrigkeitstaatlichen Machtanspruch begründet, vielmehr ergibt sich ein Verzicht auf Freiheit als eine Folge der Anpassung des Individuums an den technisch und organisatorisch immer perfektionierteren Apparat der Institutionen der modernen Gesellschaft.⁴⁾

2. Kapitel: Bildungsanstalten

Auch auf dem Gebiete der Bildungsanstalten kann man von einer Freiwilligkeit nicht sprechen. Die theoretische Unterscheidung von Pflichtschulen (Volksschulen und Berufsschulen) und Wahlschulen (sämtliche weiterführende Schulen) darf in diesem Zusammenhang nicht aufrecht erhalten werden. Angesichts des praktisch bestehenden staatlichen Bildungsmonopols und der Tatsache, daß viele Berufe, deren Wahl zwar nach Art.12 GG frei ist, eine nur durch die höheren Schulen erreichbare Qualifikation voraussetzen, liegt eine

1) Bachof, VVDStRL 12/59; ders. AöR 78/85; Heckel, RdJ 54/4;

2) Von Anschluß- und Benutzungszwang sei abgesehen;

3) Deutsches Verwaltungsrecht, Bd.2, 3.Aufl., S.285;

4) Freyer, Theorie des gegenwärtigen Zeitalters, S.228; ders. Festschrift für Carl Schmitt, S.69f;

Freiwilligkeit nicht vor.¹⁾ Das Bestehen von Privatschulen gibt keine Wahlmöglichkeit, da einmal deren Zahl nahezu unbedeutend ist, und zum anderen mit ihrem Besuch oft die Trennung der Eltern von ihrem Kind und besondere Kosten verbunden sind.²⁾ In der Mehrzahl der Fälle ist nicht einmal die Wahlmöglichkeit zwischen den einzelnen Arten und Zweigen der höheren Schulen gegeben.

Ein Verzicht auf die Ausübung der Grundrechte kann deshalb nur bei den im praktischen Leben unproblematischen Nutzungsverhältnissen in Badeanstalten, Museen, Tiergärten, Theatern usw. angenommen werden.

3. Abschnitt: Gewohnheitsrechtliche Grundrechtsschranke

Zum Begriff des Gewohnheitsrechts gehört die Überzeugung der Beteiligten, daß ihr Verhalten, ohne hoheitlich geboten zu sein, rechtlich geboten ist.³⁾ Bei der Frage, ob dieses Tatbestandsmerkmal bei den überkommenen unfreiwillig begründeten Anstaltsverhältnissen gegeben ist, tauchen die ersten Bedenken auf. Darüberhinaus kann eine gewohnheitsrechtliche Grundrechtsschranke aber schon aus dem Grunde nicht angenommen werden, weil die Grundrechte eine Aufwertung erfahren haben.⁴⁾ Der neuen Grundrechtsauffassung des Grundgesetzes wird man nur dann gerecht, wenn man fordert, daß die Einschränkungen gegen den Willen der Betroffenen nur dann zulässig sind, wenn sie ihre Grundlage unmittelbar oder zumindest mittelbar im Grundgesetz haben.⁵⁾ Damit wird nicht bestritten, daß ein Gewohnheitsrechtssatz Verfassungsrang haben kann,⁶⁾ sondern nur aus der Grundrechtsauffassung des Verfassungsgesetzgebers gefolgert, daß ein solcher Rechtssatz nunmehr keine Eingriffsgrundlage mehr bieten kann.

4. Abschnitt: Schranke des Gemeinschaftsvorbehalts in Art.2 Abs.1 GG

Es hat sich gezeigt, daß weder die Lehre vom besonderen Gewalt-

1) Bachof, Laforetfeftschrift, S.295;

2) Heckel, RdJ 54/5;

3) Wolff, § 25 III;

4) Vgl. Fußnote 1) auf Seite 46;

5) v.Mangoldt-Klein, Vorbemerkung B XV 1c vor Abschnitt I; Hildeward Krüger, ZBR 56/310;

6) Wolff, § 26 II b;

verhältnis noch das Gewohnheitsrecht als Grundlage für die Einschränkung der Grundrechte im unfreiwillig begründeten Anstaltsbenutzungsverhältnis dienen kann. Dem ersten Anschein nach sind daher sämtliche Beschränkungen der Grundrechte in diesen Anstalten unzulässig. Das würde das Ende der Existenz einer ganzen Reihe derartiger Anstaltsverhältnisse zur Folge haben, z.B. auch des Strafvollzugsverhältnisses, da ein solches ohne die Beschränkung der Freizügigkeit, der Versammlungs- und Vereinsfreiheit und des Grundrechts der Religionsausübungsfreiheit einfach nicht denkbar ist. Andererseits ist einsichtig, daß eine staatliche Ordnung ohne das Strafanstaltsverhältnis nicht auskommen kann. Ähnlich liegt es bei geschlossenen Anstalten, in welche Kranke eingewiesen werden, die an Seuchen oder sonstigen ansteckenden und lebensgefährlichen Krankheiten leiden.¹⁾ Eine gesellschaftliche Ordnung ohne die Möglichkeit, sich gegen diese Gefahren zu schützen, ist nicht denkbar. Folglich kann auch ein Staat nicht geordnet sein, wenn derartige geschlossene Anstalten nicht möglich sind. Es taucht daher die Frage auf, ob die Grundrechte nach dem Grundgesetz auch so weitgehend uneinschränkbar sind, daß dadurch der Bestand der staatlichen Ordnung gefährdet wird. Das wäre dann der Fall, wenn das Grundgesetz das Spannungsverhältnis Gemeinschaft - Individuum, Staatsordnung - Grundrechte, einseitig zugunsten des einzelnen gelöst hätte.

Auch wenn man - wie das Grundgesetz - von der Vorstaatlichkeit der Grundrechte ausgeht,²⁾ kann dennoch nicht geleugnet werden, daß die Grundrechte eine staatliche Ordnung voraussetzen. Erst dann werden die Grundrechte sinnvoll. Ebenso bedeutungslos wie die Grundrechte für ein isoliertes, beziehungsloses Individuum, sind die Grundrechte in einer Anarchie. Ein Grundrecht als subjektives öffentliches Recht kann allein von einer geordneten Gemeinschaft gesichert und nötigenfalls zwangsweise durchgesetzt werden. Ein Chaos, ein Untergang des Gemeinwesens hätte gleichzeitig den Untergang der von ihm gesicherten und allein zu sichernden Frei-

1) Vgl. §§ 3,37 BSeuchG vom 18.Juli 1961, BGBI I,S.1012; § 4 Abs.2 des Geschlechtskrankheitengesetzes vom 18.2.1937,RGBI I,S.61;
2) Im Parlamentarischen Rat sprach man von "natürlichen", "gottgewollten" Rechten, nach Matz, Jahrbuch d.öff.Rechts,NF Bd.1,S.42;

heitsgrundrechte zur Folge.¹⁾

Folgerichtig hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt: "Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum-Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden."²⁾ Auch in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kommen diese Gedanken zum Ausdruck. Nach ständiger Rechtsprechung gehört es nach Meinung dieses Gerichts zum Inbegriff der Grundrechte, daß sie nicht in Anspruch genommen werden dürfen, wenn dadurch die für den Bestand der Rechtsordnung notwendigen Rechtsgüter gefährdet werden, denn jedes Grundrecht setze den Bestand der staatlichen Ordnung voraus, durch die es gewährleistet werde.³⁾

Diese grundsätzlichen Erwägungen über die wesensnotwendige Bindung der Freiheit an die Ordnung sind jedoch nicht geeignet, eine Ermächtigungsgrundlage für die Einschränkung der Freiheitsgrundrechte in den Anstaltsbenutzungsverhältnissen abzugeben. Es hieße das Kind mit dem Bade ausschütten und die eigentliche Problematik umgehen, wollte man mit dem unbestimmten Hinweis auf irgendeine Ordnung die Wirkung der präzise formulierten und ganz bewußt an erster Stelle im Grundgesetz hervorgehobenen Grundrechte beeinträchtigen. Schon vorn⁴⁾ wurde außerdem darauf hingewiesen, daß man der überragenden Bedeutung der Grundrechte nur dann gerecht wird, wenn man für ihre Einschränkung gegen den Willen der Grundrechtsträger eine Grundlage in der Verfassung selbst fordert.⁵⁾ Zudem ist es unwahrscheinlich, daß der Verfassungsgesetzgeber die Problematik Freiheit - Ordnung nicht gesehen, oder zwar gesehen aber nicht zu ihr Stellung genommen hätte. Es gilt deshalb, die Aussage des Grundgesetzgebers zu dem Spannungsverhältnis Individuum - Gemeinschaft im Grundgesetz zu finden. Bei der Durchsicht des Grundrechtskataloges fällt dabei der Gemeinschaftsvorbehalt des Art.2 Abs.1

1) Fechner, Die soziologischen Grenzen der Grundrechte, S.31; Scheuner, Handwerksordnung und Berufsfreiheit, S.16; Dürig, AöR 79/59; ders.Maunz-Dürig, Rdnr.70 zu Art.2 I;

2) BVerfGE 4/7(16);

3) BVerfGE 1/48(52); 1/92(94); 1/303(Leitsatz 3); ständig, zuletzt noch BVerfGE 5/153(159);

4) Vgl. S.49;

5) v.Mangoldt-Klein, Vorbemerkung BXV 1c; Hildegard Krüger, ZBR 56/310;

ins Auge: Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

1. Kapitel: Die Stellung des Art.2 Abs.1 im System der Grundrechte

Die Bindung der freien Entfaltung der Persönlichkeit in Art.2 Abs.1 GG an die Rechte anderer, das Sittengesetz und die verfassungsmäßige Ordnung kann für die Freiheitsgrundrechte der Art.4, 5,8 - 13 nur dann verbindlich sein, wenn Art.2 Abs.1 als Freiheitsrechtsleitsatz¹⁾ und als solcher als wichtigste Auslegungsregel aufgefaßt wird. Nur wenn Art.2 Abs.1 diese Bedeutung zukommt oder a u c h zukommt, könnte in diesem Artikel die Lösung für das Problem der Grundrechte im Anstaltsbenutzungsverhältnis gefunden werden.

§ 28: Art.2 Abs.1 als Hauptfreiheitsrecht

Allen Grundrechten voran hat sich das Grundgesetz in Art.1 Abs.1 zum sittlichen Wert der Menschenwürde als dem obersten Konstitutionsprinzip bekannt.²⁾ Dieser Wertanspruch des einzelnen wird - nachdem er als Gesamtanspruch in Art.1 Abs.2 rein formal in einzelne "Menschenrechte" aufgelöst und in Art.1 Abs.3 ebenso formal adressiert wurde - inhaltlich näher präzisiert in die Hauptgrundrechte auf Freiheit (Art.2 Abs.1) und auf Gleichheit (Art.3 Abs.1).³⁾ Die Garantie der freien Entfaltung der Persönlichkeit korrespondiert also dem Bekenntnis zur Würde des Menschen; das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit stellt den ersten und wichtigsten Ausfluß der Würde des Menschen dar und umfaßt sämtliche Erscheinungs- und Ausübungsmöglichkeiten der Freiheit, die sich deshalb zu Art.2 Abs.1 nur als Anwendungsfälle verhalten können.⁴⁾ Nur zum besonderen Schutz vor spezifischen, historischen Ge-

1) Begriffsprägung von Klein, v.Mangoldt-Klein, Anm.III 5b zu Art.2

2) Wintrich, Problematik, S.10;

3) Dürig, Maunz-Dürig, RdNr. 10 zu Art.1;

4) Peters, Launfestschrift, S. 672; Krüger, Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, S.13;

fährdungen der Freiheit hat der Verfassungsgesetzgeber das Hauptfreiheitsrecht in verschiedenartige Einzelfreiheitsrechte aufgegliedert.¹⁾

Das Hauptfreiheitsrecht ist ein Grundrecht im Sinne eines subjektiven öffentlichen Rechts.²⁾ Die gegenteiligen im Schrifttum geäußerten Ansichten vermögen nicht zu überzeugen. Der Einwand von DIETHER HAAS, daß ein als Grundrecht im Sinne eines subjektiven öffentlichen Rechts aufgefaßter Art.2 Abs.1 "den Staat sprengen" würde,³⁾ ist im Hinblick auf den sich unmittelbar anschließenden "Soweit"-Satz hinfällig. HERBERT WEHRHAHNs Argumentation, ein als Hauptfreiheitsrecht verstandener Art.2 Abs.1 mit den im Gemeinschaftsvorbehalt errichteten drei Schranken müsse zum "Atrophieren" der benannten Einzelfreiheitsrechte und ihrer unterschiedlichen Einschränkungsmöglichkeiten führen,⁴⁾ kann ebenfalls nicht beige-pflichtet werden. Diese Beweisführung verkennt, daß sich Art.2 Abs.1 und die benannten Einzelfreiheiten im Verhältnis von lex generalis zu legis speciales gegenüber stehen. Zuerst muß geprüft werden, ob der Lebenssachverhalt unter benannte Freiheitsgrundrechte subsumiert werden kann. Und wenn dies der Fall ist, so kann nicht um der Schrankendreiheit willen auf Art.2 Abs.1 als Auffanggrundrecht zurückgegriffen werden. Von Bedeutung für die Einzel-freiheitsgrundrechte ist Art.2 Abs.1 nicht in seiner Eigenschaft als Auffanggrundrecht, sondern nur als Muttergrundrecht, der Gemeinschaftsvorbehalt folglich nur als Leitrechtssatz und Auslegungsregel, nicht jedoch als Schranke der durch Art.2 Abs.1 aufgefangenen unbenannten Freiheitsrechte.⁵⁾

-
- 1) Dürig, Maunz-Dürig, Anm.10 zu Art.1; vgl. § 40 der Abhandlung;
 - 2) Wolff, § 33 V; Peters, Launfestschrift, S.672; Maunz, Staatsrecht, S.95; Dürig, JR 52/260; ders. NJW 55/730; ders. Festschrift für Nawiasky, S.159, Anm.3; Nipperdey, Die soziale Marktwirtschaft, S.8; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd.1, S.200; ders. DÖV 56/135; Hamann, BB 55/105f; Herbert Krüger, NJW 55/201; Laufke, Festschrift für Lehmann, S.158; Wintrich, Festschrift f. Apelt, S.4; Forsthoff, BB 53/421; Scheuner, RSW IV, S.95; ders. VVDStRL 11/59, 61, 72; ders. DÖV 54/588; Ipsen, AöR 78/310; Laranz, NJW 55/521; Strickrodt, NJW 55/ 1699; Hamann, BB 57/229, 343; Zeidler, BB 57/342; Rhode-Liebenau, NJW 57/871; Manger, VerwArch 57/268; BVerfGE 6/32; vgl. auch BVerfGE 4/52(56);
 - 3) DÖV 54/71;
 - 4) AöR 82/250ff;
 - 5) Vgl. dazu das im folgenden zu §§ 29, 30, 31 Ausgeführte;

Schwerer wiegt das Bedenken FRIEDRICH KLEINs, Art.2 Abs.1 enthalte wegen der "Unbestimmtheit, Dehnbarkeit und Vagheit" kein selbständiges Grundrecht, weil es "aus den rechtsstaatlichen Erwägungen der Rechtssicherheit und Rechtsbestimmtheit, die auch zu den elementaren Verfassungsgrundsätzen des Grundgesetzes gehören", nicht möglich sei, "bestimmte Eingriffe des Staates in die Freiheitssphäre des einzelnen allein und unmittelbar mit dem Hinweis auf das allgemeine Menschenbild und Persönlichkeits-Leitbild des Abs.1 Halbsatz 1 abzuwehren."¹⁾ Jedoch vermag auch diese Begründung nicht, die von der herrschenden Lehre vorgenommene Auslegung des Art.2 Abs.1 zu erschüttern. Art.1 Abs.3 begründet eine Vermutung für die höchstmögliche Wirkungskraft der "nachfolgenden" Grundrechtsnormen; er begründet also auch bei dem unmittelbar auf Art.1 Abs.3 folgenden Art.2 Abs.1 eine Vermutung für ein subjektives öffentliches Recht.²⁾ Um diese Vermutung zu widerlegen, bedürfte es des Nachweises einer Unanwendbarkeit wegen ungewöhnlicher Vagheit. Art.2 Abs.1 ist jedoch nicht unbestimmter als etwa Art. 4 (Gewissensfreiheit), dessen Charakter als subjektives öffentliches Recht außer Zweifel steht. Anspruchsträger, Anspruchsadressat und Anspruchsobjekt stehen bei Art.2 Abs.1 fest. Was zu unterlassen ist, ist schon dadurch bestimmt, daß für jeden staatlichen Eingriff eine positivrechtliche Deckung nötig ist.³⁾ Schließlich verdient Beachtung, daß das Bundesverfassungsgericht sogar Art.3 Abs.2 als bestimmt und praktikabel genug angesehen hat,⁴⁾ obgleich bei dieser Norm der Verfassungsgeber selbst noch den Gesetzgeber als Interpreten einschalten wollte.⁵⁾

§ 29: Art.2 Abs.1 als Auffanggrundrecht

Das Hauptfreiheitsrecht des Art.2 Abs.1 tritt im Verhältnis zu den nachfolgenden speziellen Freiheitsrechten überall dort zurück, wo sein Freiheitsgehalt thematisch von den speziellen Freiheits-

1) v.Mangoldt-Klein, Anm. III 5 b zu Art.2;

2) Dürig, Maunz-Dürig, RdNr.5 zu Art.2 Abs.1;

3) Dürig, a.a.O.;

4) BVerfGE 3/225(243f);

5) Vgl. Art.117 Abs.1 GG;

grundrechten verbraucht ist.¹⁾ Es behält aber für diejenigen Erscheinungsformen der Freiheit seine eigenständige Bedeutung, die nicht unter die einzelnen Spezialgrundrechte subsumiert werden können. Art.2 Abs.1 enthält also ein besonderes Auffanggrundrecht.²⁾

§ 30: Art.2 Abs.1 als Muttergrundrecht

Dem Art.2 Abs.1 kommt aber nicht nur eine besondere Bedeutung in dem Sinne zu, daß er als "Lückenbüßer" die Freiheitssphäre des einzelnen Grundrechtsinhabers absichern soll, er hat noch einen zweiten Sinngehalt. Art.2 Abs.1 ist zugleich - wie sich folgerichtig aus dem zu § 28 Gesagten ergibt - die Mutter der vom Grundgesetzgeber speziell ausgestalteten personenbezogenen Freiheitsgrundrechte. Art.2 Abs.1 hat die benannten Freiheitsrechte zwar in die Spezialität entlassen. Diese Entlassung reicht aber nicht so weit, daß diese völlig isoliert von der objektiven Wertentscheidung des Art.2 Abs.1 behandelt werden könnten.³⁾ Die Freiheitsgrundrechte der Art.2 Abs.2 ff stehen zu Abs.1 des Art.2 also im Verhältnis der *leges speciales*. Dadurch sind sie zwar aus dem allumfassenden Hauptfreiheitsrecht herausgehoben, haben aber keinesfalls ihre Abhängigkeit hiervon verloren.

Diese Erkenntnis hatte sich sehr schnell durchgesetzt;⁴⁾ sie wurde erst durch das Gutachten des Bundesgerichtshofs vom 28.April 1952⁵⁾ erschüttert. Auch das Bundesverwaltungsgericht lehnt in ständiger Rechtsprechung den Muttercharakter des Art.2 Abs.1 ab.⁶⁾ Der Bundesgerichtshof hat inzwischen seine Meinung aufgegeben und sieht in Art.2 Abs.1 das Muttergrundrecht für alle Freiheitsgrundrechte des Grundgesetzes.⁷⁾

Die Auffassung des Bundesgerichtshofs in seinem Gutachten wäre nur dann richtig, wenn gemeint gewesen sein sollte, daß Art.2 Abs.1 nicht mit den einzelnen Freiheitsrechten gleichgesetzt wer-

1) BVerfGE 4/52(57);

2) Vgl. die auf Seite 53 Fußnote 2) Genannten;

3) Dürig, Maunz-Dürig, Rdnr. 72 zu Art.2;

4) Vgl. v.Mangoldt, Kommentar, S.38; Wernicke, BK, Erl.II 1 b zu Art.2; BVerfGE 1/264(273f);

5) DVBl 53/472;

6) BVerwGE 1/321(323); 2/89(93); 3/130(133); ständig, zuletzt noch BVerwGE 8/78(79f);

7) BGHZ 24/72(78);

den darf. Denn weder sind die einzelnen Freiheitsrechte des Grundrechtskataloges erschöpfend, noch ist Art.2 Abs.1 die bloße Summe der Spezialfreiheiten. Die formulierten Teilfreiheiten des Grundrechtskataloges sind einzig und allein zu dem Zweck da, ganz bestimmte, historische Gefährdungen der allgemeinen Freiheit abzuwehren. Gerade weil diese Teilfreiheiten die Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung nicht abschließend aufzählen und damit vollständig absichern können, muß Art.2 Abs.1 weitere, nicht aufgezählte Freiheiten enthalten, also Ursprung und Grundlage aller Freiheitsgrundrechte sein. Denn nur dann kann der durch Art.1 Abs.1 geforderte Schutz des aus der Menschenwürde sich ergebenden Wertes der Freiheit lückenlos realisiert werden.¹⁾ Hierfür wird von der überwiegenden Meinung zutreffend das Bild des "Mutter-Kind-Verhältnisses" verwandt.²⁾

§ 31: Art.2 Abs.1 als Leitrechtssatz und Auslegungsregel

Aus dem Muttercharakter des Rechtes auf freie Persönlichkeitsentfaltung folgt zwingend, daß die in Art.2 Abs.1 gezogenen Schranken des Hauptfreiheitsrechtes auch für alle besonders aufgeführten und ausgestalteten Anwendungsfälle dieser Freiheit gelten. Art.2 Abs.1 ist also der verfassungsmäßige Standort der wesensnotwendig erforderlichen Bindung der Freiheit an die Ordnung.³⁾

1) Dürig, Maunz-Dürig, Rdnr.88 zu Art.1;

2) Dürig, AöR 81/122; ders. AöR 79/57; ders. Maunz-Dürig, Anm.8 zu Art.2; Krüger, DVBl 50/627; ders. Gutachten, S.16; Sieg, DVBl 50/199; Naumann, JZ 51/426; Scholtissek, NJW 52/563; Kleinrahm, DV 49/540; Wernicke, BK, Erl. II 1b zu Art.2; Nipperdey, Die soziale Marktwirtschaft, S.8f; Haas, DÖV 54/70; Lassally, MDR 53/76; Maunz, Laforetfeestschrift, S.146; Bachof, JZ 57/337; VGH Freiburg, ESVGH 7/178(182); dgl. DÖV 52/670; OVG Lüneburg, VerwRspr. 4/233(238); - A.A. Hamel, Die Bedeutung der Grundrechte, S.30; Klein, v.Mangoldt-Klein, Anm.III 5b zu Art.2; Zeidler, NJW 54/1068; Kratzer, Laforetfeestschrift, S.119; vgl. auch Ballerstedt, DÖV 51/159; OVG Lüneburg, DVBl 55/187; OVG Münster, DVBl 56/138(139); gegen Zeidler vgl. Dürig, NJW 54/1394;

3) Wolff, § 33 Va; Krüger, Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, S.13f; Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S.63f; ders. NJW 54/614; Scheuner, VVDStRL 11/61; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd.1, S.661; Scheuner, RSW III, S.159; Ziegler, DÖV 55/173; Krüger, NJW 55/201f; Peters, ZgesStW 110/564; ders. Launfestschrift, S.669; Redeker, DÖV 54/110; Nipperdey, WuW 54/213; ders. BB 51/594f; Ipsen, GR II, S.129; Gernandt, Der Arbeit-

In Art.2 Abs.1 hat der Grundgesetzgeber die tragende Entscheidung für die rechtliche Stellung des einzelnen im Verhältnis zum Staat, aber auch im Verhältnis zum Mitbürger und zur Allgemeinheit getroffen;¹⁾ diese Vorschrift enthält die Generalklausel "zur Lösung des latenten Spannungsverhältnisses zwischen Staat und Individuum."²⁾ Das Grundgesetz hat einen Mittelweg zwischen individueller Freiheit und sozialer Bindung eingeschlagen,³⁾ es hat nämlich die Freiheit nicht im liberalen Sinne des vergangenen Jahrhunderts geregelt, sondern der Persönlichkeitsentfaltung die Grenzen der Rechte anderer, des Sittengesetzes und der verfassungsmäßigen Ordnung gesetzt.

Art.2 Abs.1 ist also nicht nur Grundrecht im Sinne eines subjektiven öffentlichen Rechts von Zivilpersonen gegenüber der Staatsgewalt,⁴⁾ sondern zugleich auch allgemeiner Leitrechtssatz und Auslegungsregel im Sinne einer aktuell geltenden Norm des objektiven Verfassungsrechts. Diese Annahme einer Doppelbedeutung⁵⁾ ist nicht systemwidrig, denn es ist eine in unserer Grundrechtssystematik durchaus geläufige Erscheinung, daß Grundrechtsvorschriften sowohl ein Grundrecht im Sinne eines subjektiven Rechts als auch Entscheidungen des objektiven Verfassungsrechts enthalten können.⁶⁾ Nicht zu überzeugen vermag die Ansicht von WERTENBRUCH⁷⁾ und WEHRHAHN⁸⁾, es könne nur eine Alternative geben: entweder sei Art.2 Abs.1 ein subjektives Recht und die Wirkung des "Soweit"-

geber 54/154; Becker, NJW 55/1737; Gaul, MDR 55/330ff; Dipper, NJW 52/601; Kleinrahm, DV 49/540; Köttgen, GR II, S.310; Reuss, NJW 51/777; und die in Fußnote 2) auf Seite 56 genannten Autoren; - Aus der Rechtsprechung vgl.: VGH Stuttgart, VerwRspr 4/486(489); OVG Koblenz, DVBl 52/187(188); dgl. DÖV 52/664(665); dgl. DÖV 55/216(217); dgl. DVBl 54/709(710); dgl. DÖV 54/279(280); OVG Münster, AS 5/152(155); DÖV 53/186(187); dgl. VerwRspr. 3/737(742); dgl. DVBl 52/572(573); OVG Lüneburg, AS 5/417,439,456; dgl. AS 6/476(477); OVG Berlin, JR 53/313; OLG Köln, NJW 53/78(79); KG, NJW 53/1317(1318); OLG Tübingen, DVBl 50/212(213); BGH, NJW 54/713(Leitsatz c); LVG Minden, DVBl 51/637(638);

1) Naumann, JZ 51/426;

2) Redecker, DÖV 54/111;

3) Peters, Launfestschrift, S.671; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd.1, S.200;

4) Vgl. vorn S. 16f;

5) Vgl. Wolff, § 33 V;

6) Dürig, Maunz-Dürig, RdNr.71 zu Art.2;

7) DVBl 58/481;

8) AöR 82/267;

Satzes beschränke sich auf dieses, oder Art.2 Abs.1 sei nur objektive Verfassungsnorm und die Schrankendreiheit gelte für alle Freiheitsgrundrechte. Beide Autoren verneinen den Charakter des Art.2 Abs.1 als subjektives öffentliches Recht und meinen offenbar, mit ihrer Forderung nach einem Entweder-Oder ein Argument gegen die herrschende Lehre gewinnen zu können, die in Art.2 Abs.1 auch ein Grundrecht sieht. Ein anderer Gegner der herrschenden Ansicht, FRIEDRICH KLEIN hat demgegenüber überzeugend dargelegt, daß keine dogmatisch-konstruktiven Bedenken gegen eine Doppelgesichtigkeit einer Grundrechtsbestimmung bestehen.¹⁾ Der primär als subjektives Recht aufgefaßte Art.2 Abs.1 schließt also keineswegs aus, darin gleichzeitig auch eine Norm des objektiven Verfassungsrechts zu erblicken.²⁾

Allerdings müssen hier scharf die beiden Sinngehalte des Hauptfreiheitsrechts, einmal als Auffanggrundrecht und zum anderen als Muttergrundrecht, unterschieden werden. Dieser Doppeldeutigkeit entspricht nämlich auch eine zweifache Bedeutung der Begriffe der Schrankentrias des Art.2 Abs.1 GG.³⁾ Wenn im folgenden vom Gemeinschaftsvorbehalt des Art.2 Abs.1 als Grundrechtsschranke gesprochen wird, so ist Art.2 als Muttergrundrecht angesprochen, nicht als Auffanggrundrecht. Denn nur in der Einschränkung der Muttergrundrechte und damit aller übrigen Grundrechte besteht das Problem. Für das allumfassende Auffanggrundrecht in Art.2 Abs.1 haben nämlich die Begriffe "Rechte anderer", "Sittengesetz" und "verfassungsmäßige Ordnung" eine viel weitergehende Bedeutung. So findet die Betätigung der in Art.2 Abs.1 gesicherten, nicht benannten Freiheiten ihre Grenze schon in der allgemeinen Rechtsordnung, denn der Begriff "verfassungsmäßige Ordnung" ist, im Hinblick auf das Auffanggrundrecht, als Rechtsordnung zu verstehen.⁴⁾ Problematisch wird die Rechtsstellung des Anstaltsbenutzers aber erst deshalb, weil durch Art.1 Abs.3 die benannten Spezialfreiheiten auch die Gesetzgebung als unmittelbar geltendes Recht binden, eine Lösung über den Vorbehalt des Gesetzes - wie unter der Weimarer

1) v.Mangoldt-Klein, Anm.III 5b zu Art.2; Vorbem.A II 4f; Vorbem. VI, vor Zif.1; Vorbem. VI 4 b;

2) Dürig, Maunz-Dürig, Rdnr. 5 zu Art.2;

3) Vgl. hierzu Wolff, § 33 V a 2 und b 14;

4) Vgl. Wolff, § 33 V b 14;

Reichsverfassung - also nicht möglich ist.

Im weiteren Verlauf der Untersuchung ist also zu klären, was unter den drei Schranken des Gemeinschaftsvorbehalts zu verstehen ist, wenn er als allgemeiner Leitrechtssatz und Auslegungsregel für alle Grundrechte verstanden wird.

2. Kapitel: Der Begriff der Rechte anderer

Der Gemeinschaftsvorbehalt zugunsten der Rechte anderer schützt die privaten und öffentlichen subjektiven Rechte und die subjektiven Rechtsstellungen einzelner Dritter, im Sinne der "Rechte anderer" des § 903 BGB.¹⁾ Nicht geschützt werden dagegen bloße Reflexrechte oder Interessen, auch nicht das allgemeine öffentliche Interesse oder das Gemeinwohl.

In der Rechtsprechung und im Schrifttum wird aber zum Teil die gegenteilige Schlußfolgerung gezogen.²⁾ So führt z.B. der Badische Verwaltungsgerichtshof aus: " Zu den 'Rechten anderer' i.S. des Art.2 gehören nicht nur die Individualrechte anderer, sondern auch die kollektiven Rechte der anderen, d.h. der Gemeinschaft. 'Rechte anderer' sind daher auch die Rechte der Allgemeinheit auf den Schutz der der vollziehenden Gewalt anvertrauten öffentlichen Rechtsgüter durch Abwehr von Gefahren. Unter Art.2 GG fallen daher auch die Rechte der Allgemeinheit auf öffentliche Sicherheit und Ordnung, auf Erhaltung der öffentlichen Gesundheit usw."³⁾

1) Wolff, § 33 V; v.Mangoldt-Klein, Anm.IV zu Art.2; Fechner, Die soziologischen Grenzen der Grundrechte, S.3; Dürig, NJW 55/732; Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S.64; ders. Kommentar, S.82; ders. Wirtschaftsverfassungsrecht, S.87; Krüger, NJW 53/202; Haußleiter, DÖV 52/497 Anmerkung; BGH, DVBl 53/471(473); OVG Münster, DVBl 53/761;

2) OVG Hamburg, MDR 50/695; VGH Freiburg, DVBl 51/635(636); dgl. DVBl 53/635(637); OVG Münster, DVBl 53/761(763); OVG Koblenz, DÖV 54/279(280); OLG Hamm, BB 53/1013; LVG Oldenburg, NJW 51/248; Naumann, JZ 51/428; Über, Freiheit des Berufs, S.63,72; Wintrich, Problematik, S.23; Scheuner, VVDStRL 11/61; ders.DÖV 56/69; ders. Handwerksordnung und Berufsfreiheit, S.20f; Peters, Die Zuständigkeit des Bundes im Rundfunkwesen, S.59; Ziegler, DÖV 55/ 173; Dipper, NJW 52/601; wohl auch Scholtissek, NJW 52/562;

3) DVBl 51/636;

Wenn diese Ansicht richtig wäre, so käme dieser Teil des Gemeinschaftsvorbehalts für unsere Untersuchung in Betracht, denn eine ganze Anzahl der unfreiwillig begründeten Anstaltsbenutzungsverhältnisse dienen gerade der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung.

Es wird bei dieser Argumentation jedoch verkannt, daß der staatlichen Berechtigung zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung i.S. der polizeilichen Generalklausel kein subjektives Recht des einzelnen gegenübersteht. Die Polizei hat in jedem Falle, in dem eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung infrage kommt, nach p f l i c h t g e m ä ß e m E r m e s s e n zu verfahren, sowohl bezüglich der Frage, wie sie eingreift, als auch bezüglich der Frage, ob sie überhaupt eingreift. Sie hat zu prüfen, ob ein polizeiliches Einschreiten nach Lage aller in Betracht kommenden Umstände vom Standpunkt des ö f f e n t l i c h e n I n t e r e s s e s aus zweckmäßig und geboten ist.¹⁾ Folgerichtig hat es daher niemals ein subjektives Recht des einzelnen auf Tätigwerden der Polizei gegeben.²⁾ Aus dem Opportunitätsprinzip der staatlichen Gefahrenabwehr folgt, daß nicht einmal das individuelle Interesse berücksichtigt wird.³⁾ Ein R e c h t des einzelnen, wie es der Gemeinschaftsvorbehalt des Art.2 Abs.1 voraussetzt, ist schon gar nicht vorhanden.

3.Kapitel: Der Begriff des Sittengesetzes

Unter dem Sittengesetz sind als Schranke des Gemeinschaftsvorbehalts die sich aus den "herrschenden Wertvorstellungen ergebenden Mindestanforderungen an die Achtung fremder Interessen" zu verstehen.⁴⁾ Man könnte deshalb versucht sein, unter das "Sittengesetz" sämtliche aus dem Gerechtigkeitsprinzip ableitbaren allgemeinen und besonderen Rechtsgrundsätze zu subsumieren, da das Postulat des Sittengesetzes mit dem Gebot des Rechtsprinzips identisch ist: Verzicht auf die Durchsetzung eigener Interessen zu-

1) Drews-Wacke, Allgemeines Polizeirecht, S.75; Rietdorf, Ordnungsbehördengesetz, S.37;

2) Vgl. zuletzt noch BGH, VerwRspr 5/78(80);

3) Zum Verhältnis öffentliches Interesse - Individualinteresse vgl. Wolff, § 29; Jellinek, System, S.68f;

4) Wolff, § 33 V a 2;

gunsten objektiv wertvollerer Interessen Dritter.¹⁾

In diesem Falle müßte hier der für die Untersuchung bedeutsame Rechtsgrundsatz der staatlichen Berechtigung zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung geprüft werden.²⁾ Eine so weitgehende Auslegung wird jedoch der Systematik der Schrankentrias in Art.2 Abs.1 GG nicht gerecht. Neben dem Sittengesetz sind ranggleich die Rechte anderer und die verfassungsmäßige Ordnung angeführt. Durch drei Gegenwerte wird also die Freiheit relativiert: die Individualwerte der Mitmenschen, den moralischen Wert des "Sittengesetzes" und den Gemeinschaftswert der "verfassungsmäßigen Ordnung".³⁾ Um diese sinnvolle Dreiteilung nicht zu zerstören, soll die "verfassungsmäßige Ordnung" als Standort für die ordnenden Rechtsgrundsätze angesehen werden, falls das Grundgesetz sie in den Gemeinschaftsvorbehalt einbezogen hat, denn die fundamentalen Ordnungsgrundsätze gehören zu den Gemeinschaftswerten, welche die Freiheit des Individuums begrenzen. Erst bei der Prüfung des dritten Bestandteils des Gemeinschaftsvorbehalts wird also der Rechtsgrundsatz der staatlichen Berechtigung zur Gefahrenabwehr geprüft werden, wobei nicht verkannt wird, daß er aus dem Rechtsprinzip abgeleitet wird. Eine solcherart eingeschränkte Auslegung des "Sittengesetzes" begrenzt seine Bedeutung in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre auf die Berücksichtigung von Anstand und Moral, Treu und Glauben, und der guten Sitten.⁴⁾

4. Kapitel: Der Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung

Es ist nunmehr zu prüfen, ob die Beschränkung der Freiheitsgrundrechte im Anstaltsbenutzungsverhältnis durch diesen Bestandteil des Gemeinschaftsvorbehalts gerechtfertigt werden kann. In vereinzelt Stellungnahmen der Literatur werden die besonderen Gewaltverhältnisse in ihrer Gesamtheit auf diese Weise gerecht-

1) Vgl. hierzu Wolff, Gedächtnisschrift für Sauer, S.113ff;

2) Dazu, daß ein solcher Rechtsgrundsatz besteht, vgl. Wolff, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S.42; dens. VVDStRL 9/156ff;

3) Dürig, Maunz-Dürig, Rdnr.4 zu Art.2;

4) Wolff, § 33 V; Dürig, Maunz-Dürig, Rdnr. 16 zu Art.2; ders.AöR 79/63; Laufke, Festschrift für Lehmann, S.176; Huber, Wirtschftsverwaltungsrecht, Bd.1, S.664;

fertigt. Jedoch gehen die Lösungsversuche über Andeutungen nicht hinaus, bzw. beschränken sich auf das besondere Gewaltverhältnis der im öffentlichen Dienst Stehenden.¹⁾ Eine Untersuchung der Anstalten unter diesem Gesichtspunkt liegt noch nicht vor.

Zunächst soll der Begriff der "verfassungsmäßigen Ordnung" geklärt werden.

§ 32: Philologische Interpretation

Ordnung (ordo, kosmos) bedeutet ganz allgemein die als sinnvoll erkennbare Zusammenfassung vieler Einzelseienden in einem bestimmten Ganzen. Demnach setzt jede Ordnung dreierlei voraus: Zunächst eine zu ordnende Vielheit von einzelnen Einheiten (individuelle Gliederungselemente); weiter einen Bezug dieser einzelnen Einheiten zueinander (ein "Zueinander-Hin-Sein" des Individuellen); schließlich eine Beziehbarkeit auf Grund eines "So-Seins" (überindividuelles Ordnungsprinzip).²⁾ Im hier allein interessierenden kulturwissenschaftlichen Bereich ist Ordnung der Sinngehalt der sozialen Beziehungen; wenn das Handeln der Individuen an angebbaren Maximen orientiert wird.³⁾ Ordnung im gesellschaftlichen Bereich hat folglich eine "Koordination des Gebarens", eine gewisse Regelmäßigkeit oder Regelmäßigkeit zur Voraussetzung.⁴⁾

Der Begriff "Ordnung" im Gemeinschaftsvorbehalt des Art.2 GG bereitet deshalb Schwierigkeiten, weil die Verfassung nicht ausdrücklich sagt, welche Leitidee, welches Ordnungsprinzip sie in diesem Fall dem Begriff zugrunde legt, denn es gibt jeden Grad von Geordnetheit. Jeder Grad zusammenfassender Regelung kann den Tatsachen gerecht sein und muß deshalb als Ordnung im philologischen Wortsinn angesprochen werden.⁵⁾ Auch die Eigenschaftsaussage "verfassungsmäßig" hilft nicht weiter, da ja gerade das, was der Verfassung "gemäß" ist, fraglich ist. Die sprachliche Auslegung

-
- 1) Soweit ersichtlich erstmals Bachof, Laforetffestschrift, S.292 Fußnote 28; ebenso Köhl, Diss. S.96; Dürig, AÖR 81/154 Fußnote 87 in Verbindung mit AÖR 79/57ff; Windmann, Diss. S.92;
 - 2) v.d.Heyde, HdbdSoziologie, S.825 und 832;
 - 3) Hirsch, Art. "Ordnung" in Wörterbuch d.Sociologie, S.358;
 - 4) Hirsch, Art. "Gebaren" in Wörterbuch d.Sociologie, S.148;
 - 5) Keiter, HdbdSoziologie, Bd.2, S.755;

vermag also nicht weiterzuhelfen.

§ 33: Systematische Interpretation

Man könnte versucht sein, die Bedeutung des Begriffs "verfassungsmäßige Ordnung" dadurch zu erhellen, daß man in der verfassungsrechtlichen Eigenschaftsaussage "verfassungsmäßig" eine Verweisung auf die bei den einzelnen Grundrechten zum Ausdruck gekommenen Begrenzungswerte der Freiheit sieht. Die Summe dieser Werte ergäbe die von der Verfassung gemeinte "Ordnung". Aus dem Sinnzusammenhang zwischen Art.2 Abs.1 und den einzelnen Freiheitsgrundrechten ließe sich folgendermaßen argumentieren: weil die Einzelfreiheiten bloß speziell ausgestaltete Anwendungsfälle des Hauptfreiheitsrechts sind, sind auch die für die Grundrechte der Art.5 ff jeweils in den einzelnen Grundrechtsbestimmungen gezogenen Schranken nur besonders hervorgehobene Spezialfälle einer allgemeinen Schranke der Freiheit, die - entsprechend der Systematik des Grundgesetzes - im Gemeinschaftsvorbehalt zum Ausdruck gebracht ist. Durch diese induktiv-positivistische Methode wäre dann eine nähere Inhaltsbestimmung des von dem Grundgesetz verwendeten Ordnungsbegriffs möglich. Der Weg, auf diese Weise den Gehalt der "verfassungsmäßigen Ordnung" herauszukristallisieren, verlief etwa wie folgt: Art.5 Abs.3 schränkt die Freiheit der Meinungsbildung und -äußerung zugunsten der Gesundheit und der Moral der Jugend ein; in Art.6 Abs.3 findet das Elternrecht seine Schranke, um der Gesundheit und Sitte der Gemeinschaft willen; Art.8 Abs.2 schränkt die Versammlungsfreiheit ein, soweit dies wegen der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung erforderlich ist; usw., also gehören die Gesundheit und Moral der Jugend, die Gesundheit und Sitte der Gemeinschaft, die öffentliche Sicherheit und Ordnung usw. zur "verfassungsmäßigen Ordnung".¹⁾

Diese Methode ist unlogisch. Man kann nicht aus den besonderen Vorbehaltsschranken bei dem einzelnen Grundrecht eine allgemeine Schranke ableiten, die dann wiederum ohne Rücksicht auf eben diese Spezialvorbehalte auf sämtliche Grundrechte unterschiedslos Anwendung finden soll, will man nicht die Schrankensystematik des Grund-

1) So Gisbert Ober, Freiheit des Berufs, S.70;

gesetzes jeglichen Sinns berauben und paralysieren.¹⁾

§ 34: Logische Interpretation

Da die philologische und systematische Auslegung nicht weiterführen, soll geprüft werden, ob sich der Sinn des Begriffs "verfassungsmäßige Ordnung" in Art.2 Abs.1 durch einen Vergleich mit den Artikeln des Grundgesetzes ergibt, in welchen dieselbe Formulierung auftaucht.

Außer in Art.2 Abs.1 erscheint der Begriff auch in den Art.9 Abs.2, 20 Abs.3, 28 Abs.1 und Abs.3, und Art.98 Abs.2 GG. In diesen Verfassungsbestimmungen läßt sich der Inhalt des Begriffs "verfassungsmäßige Ordnung" vielleicht leichter bestimmen als in Art.2 Abs.1. So scheint insbesondere die gleichzeitige Verwendung von "verfassungsmäßiger Ordnung" und "Gesetz und Recht" in Art.20 Abs.3 bedeutsam. Doch bevor in eine Prüfung der Frage eingetreten werden kann, welcher Inhalt dem Begriff in den vier anderen Artikeln des Grundgesetzes zukommt, muß geklärt werden, ob dieses evtl. Ergebnis überhaupt übernommen werden kann, ob der Begriff der "verfassungsmäßigen Ordnung" also in allen fünf Grundgesetzartikeln denselben Inhalt haben kann.

Die wissenschaftliche Lehre geht zum Teil in der Tat von derselben Bedeutung des Begriffs in allen grundgesetzlichen Vorschriften aus.²⁾ Dem meint der Verfasser jedoch nicht folgen zu können. Wie FRIEDRICH KLEIN überzeugend dargetan hat, ist diese Auffassung mit der Tatsache nicht vereinbar, daß der Begriff der "verfassungsmäßigen Ordnung" in den fünf Artikeln eine unterschiedliche Funktion hat und sich gegen verschiedenartige Adressaten richtet.³⁾ In Art.2 Abs.1, 9 Abs.2, 20 Abs.3 und 98 Abs.2 hat er die Aufgabe, die in diesen Bestimmungen angesprochenen Betätigungen an diese Ordnung zu binden. Im Gegensatz dazu bezieht sich der Begriff in Art.28 Abs.1 und Abs.3 nicht auf eine Betätigung, sondern auf einen Zustand, nämlich die Ordnung der Gliedstaaten. In Art.9 Abs.2 wen-

1) Dürig, AÖR 79/66f;

2) Fußlein, GR II, S.436ff; Hamann, DÖV 52/132; ders. BB 57/229; Maunz, Staatsrecht, S.86; v.Mangoldt, BB 51/622; Ziegler, DÖV 55/173ff; OVG Münster, VerwRspr 3/342; vgl. auch Rhode-Liebena, DÖV 57/473;

3) v.Mangoldt-Klein, Anmerkung IV 2 b zu Art.2;

det sich dieser Begriff an den grundrechtsausübenden Staatsbürger, in Art.20 Abs.3 an den Gesetzgeber, in Art.98 Abs.2 an die Organwalter "Bundesrichter"; in Art.28 Abs.1 und Abs.3 ist demgegenüber gar kein Adressat vorhanden. Die mit Ausnahme von Art.28 angesprochenen Adressaten können nicht in einem gleichartigen Verhältnis zueinander stehen. Die Verletzung der von der Verfassung gemeinten Ordnung durch einen grundrechtsausübenden Staatsbürger muß einen anderen Inhalt haben als die Verletzung derselben durch den Gesetzgeber oder einen Bundesrichter.¹⁾ Es läßt sich daher nur aus Art.9 Abs.2 die Erkenntnis gewinnen, daß die "verfassungsmäßige Ordnung" nicht mit den Strafgesetzen identisch ist, bzw. diese nicht mitumfaßt, denn in Art.9 Abs.2 ist ebenso wie in Art.2 Abs.1 Adressat der Grundrechtsträger, dessen Rechtsstellung eingeschränkt werden soll. Hier kommt dem Begriff "verfassungsmäßige Ordnung" deshalb dieselbe Bedeutung zu wie in Art.2 Abs.1. Im übrigen läßt sich auf diese Weise aber keine Begriffsklärung herbeiführen.

§ 35: Genetische Interpretation²⁾

Zwar kommt den Materialien eines Gesetzes keine selbständige Bedeutung zu,³⁾ jedoch könnten der "Wille des Gesetzgebers" und seine Motive zumindest Anhaltspunkte und Hinweise für eine begriffliche Klärung der "verfassungsmäßigen Ordnung" geben. In Frage kommen Entwurf und Beratungen des Verfassungskonvents von Herrenchiemsee und des Parlamentarischen Rates.

Im Verfassungsentwurf von Herrenchiemsee war der Inhalt des Art.2 der Endfassung in den Art.2 und 3 enthalten. Den Gedanken der persönlichen Freiheit, das Recht auf freie Persönlichkeitsentfaltung, war in Art.2 niedergelegt, der lautete:

-
- 1) So außer Klein auch Dürig, Maunz-Dürig, RdNr. 17 zu Art.2; Laufke, Festschrift für Lehmann, S.172; Wintrich, Problematik, S.27; Bachof, JZ 57/339 Ziffer 27;
 - 2) Soweit nicht in den Fußnoten besonders erwähnt, erfolgen die Angaben in diesem Paragraphen nach Matz, Jahrbuch d.öf. Rechts, NF Bd.1, S.55-62;
 - 3) Vgl. BVerfGE 1/299(312): "Der Entstehungsgeschichte der Vorschrift kommt für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die ... allein nicht ausgeräumt werden können."

(1) Alle Menschen sind frei.

(2) Jedermann hat die Freiheit, innerhalb der Schranken der Rechtsordnung und der guten Sitten alles zu tun, was anderen nicht schadet.¹⁾

In den Beratungen wurde darauf hingewiesen, daß der Relativsatz wegleiben müsse, da ohnedies die Freiheit bestehe, innerhalb der Schranken der Rechtsordnung und der guten Sitten beliebig zu handeln, auch wenn man anderen dadurch schade. Man gehe daher mit der gewählten Formulierung hinter das Selbstverständliche zurück.²⁾

Außerdem war in Art. 21 Abs. 3 eine für alle Grundrechte geltende Einschränkung vorgenommen worden: Die Grundrechte sind, soweit sich aus ihrem Inhalt nichts anderes ergibt, im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung zu verstehen.³⁾ Zur allgemeinen Rechtsordnung in diesem Sinne rechnete man das allgemeine bürgerliche Recht, das allgemeine Strafrecht, das allgemeine Polizeirecht und das allgemeine Steuerrecht.⁴⁾

Der Darstellende Teil des Herrenchiemsee-Entwurfs bemerkt dazu: "Überwiegend gilt heute die Auffassung, daß die Grundrechte zwar nicht vollkommen unabhängig seien, daß sie aber als Institution nicht aufgehoben werden können. Eine befriedigende Umschreibung des Rahmens, in den sich auch die Geltendmachung der Grundrechte einzuordnen hat, ist dabei allerdings noch nicht geglückt. Die Formel, daß die Grundrechte im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung zu verstehen sind, muß einstweilen aushelfen."⁵⁾ Die Einschränkung der Grundrechte durch die Formulierung "allgemeine Rechtsordnung" wurde also nur als Notlösung angesehen.

Nachdem der Grundsatzausschuß des Parlamentarischen Rates in seiner dritten Sitzung die Abgeordneten v. Mangoldt, Bergsträßer und Zinn beauftragt hatte, gewisse unumstrittene Artikel des Grundrechtskataloges zu formulieren, legte dieses Redaktionskomitee zur vierten Sitzung des Grundsatzausschusses eine Fassung des Art. 2 vor, in der zum ersten Mal der Begriff "verfassungsmäßige Ordnung"

1) Vgl. "Verfassungsausschuß der Ministerpräsidenten-Konferenz der westlichen Besatzungszonen. Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10.-23. August 1948, S. 62; im folgenden zitiert HChEntwurf;

2) HChEntwurf, Darstellender Teil, S. 21;

3) HChEntwurf, artikulierter Teil, S. 63;

4) HChEntwurf, darstellender Teil, S. 20;

5) HChEntwurf, darstellender Teil, S. 20;

auftaucht:¹⁾

(1) Der Mensch ist frei.

(2) Er darf tun und lassen, was die Rechte anderer nicht verletzt oder die verfassungsmäßige Ordnung des Gemeinwesens nicht beeinträchtigt.

Der Abgeordnete v.MANGOLDT führte dazu aus, man habe der Formulierung des Entwurfs von Herrenchiemsee nicht folgen wollen, weil der Zusatz "innerhalb der Schranken der Rechtsordnung und der guten Sitten" zu Zweifeln Anlaß geben könne; man habe eine andere Formulierung unter Anlehnung an Art.2 Abs.1 der hessischen Verfassung gewählt.²⁾ Nach dieser Äußerung v.MANGOLDTs war das Redaktionskomitee davon überzeugt, man habe damit nur eine bessere **F o r m u l i e r u n g** gewählt, inhaltlich aber dasselbe wie der Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee ausgesagt. Demnach ist der Begriff "verfassungsmäßige Ordnung" zu diesem Zeitpunkt gleichbedeutend mit dem Begriff "allgemeine Rechtsordnung".

RICHARD THOMA setzte sich in seiner "Kritischen Würdigung" dieser Fassung des Grundsatzausschusses auch mit dem Begriff der "verfassungsmäßigen Ordnung" auseinander. Er führte aus, wenn man unter diesem Begriff die gesamte in Geltung stehende Rechtsordnung verstehe, werde der Satz zu einer Banalität und sage nur: der Mensch ist von Rechts wegen frei, soweit er nicht von Rechts wegen unfrei ist.³⁾

Vom Allgemeinen Redaktionsausschuß wurde Art.2 wie folgt gefaßt: "Jedermann ist frei zu tun und zu lassen, was die Rechte anderer nicht verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt."

In der 23.Sitzung des Grundsatzausschusses bezeichnete v.MANGOLDT die Kritik RICHARD THOMAs zu Art.2 als zutreffend und schlug folgende Fassung vor:

Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen

1) Parlamentarischer Rat, Entwürfe S.1;

2) Art.2 Abs.1 der hess. Verfassung lautet: Der Mensch ist frei. Er darf tun und lassen, was die Rechte anderer nicht verletzt oder die verfassungsmäßige Ordnung des Gemeinwesens nicht beeinträchtigt;

3) Drucksache Nr.244 S.3; nach Matz, Jahrbuch des öffentlichen Rechts, NF Bd.1, S.56;

die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

Nachdem v.MANGOLDT auf den ähnlich lautenden Art.27 Abs.2 des UNO-Kommissionsentwurfs der Menschenrechte hingewiesen hatte, wurde der Vorschlag vom Grundsatzausschuß angenommen. Mit der Anerkennung der Kritik THOMAS, der sich ausdrücklich gegen eine Identifizierung von "verfassungsmäßiger Ordnung" und "allgemeiner Rechtsordnung" ausgesprochen hatte, brachte der Grundsatzausschuß zum Ausdruck, daß auch er fortan den Begriff "verfassungsmäßige Ordnung" in einem anderen Sinne verwandte.

In der ersten Lesung des Hauptausschusses wurde diese Fassung des Art.2 Abs.2 ohne jede Erörterung oder Kritik angenommen.¹⁾

Im Anschluß hieran schlug der Allgemeine Redaktionsausschuß eine wesentlich kürzere Fassung des Art.2 vor, die jedoch an der Schrankentrias nichts änderte.²⁾

In der 32.Sitzung des Grundsatzausschusses stellte v.MANGOLDT eine neue Fassung des Art.2 zur Diskussion, deren Abs.3 lautete: Das Recht auf persönliche Freiheit und Sicherheit findet seine Grenze dort, wo seine Ausübung die Rechte Dritter verletzt, gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

Nach Ablehnung der Änderungsvorschläge des Allgemeinen Redaktionsausschusses und des Abgeordneten v.MANGOLDT blieb der Grundsatzausschuß bei der bereits vom Hauptausschuß in der ersten Lesung angenommenen Fassung des Art.2 Abs.2.

In der zweiten Lesung des Hauptausschusses wurde an Art.2 Abs.2 keine Änderung vorgenommen.³⁾

Daraufhin schlug der Allgemeine Redaktionsausschuß vor, den Abs. 2 vorzuziehen und als Abs.1 des Art.2 die "allgemeine Handlungsfreiheit" den Freiheitsgrundrechten voranzustellen.⁴⁾

Der interfraktionelle Fünferausschuß machte sich in seinem Vorschlag für die dritte Lesung des Hauptausschusses die Fassung der zweiten Lesung des Hauptausschusses zu eigen.⁵⁾ Daraufhin wurde auch in der dritten Lesung die bisherige Fassung vom Hauptausschuß

1) 17.Sitzung v.3.12.48, Parlamentarischer Rat, Entwürfe, S.42;

2) Parlamentarischer Rat, Entwürfe, S.86;

3) 42.Sitzung v.18.1.1949, Parlamentarischer Rat, Verhandlungen des Hauptausschusses, S.533-536; Entwürfe, S.42;

4) Parlamentarischer Rat, Entwürfe, S.119;

5) Parlamentarischer Rat, Entwürfe, S.173;

ohne Änderung hingenommen.¹⁾

Zur vierten Lesung des Hauptausschusses lag eine Neufassung des Allgemeinen Redaktionsausschusses vor, welche der Endfassung entsprach, die den bisherigen Abs.2 als Abs.1 voranstellt.²⁾ Diese Fassung war in der 57.Sitzung ohne Diskussion angenommen worden,³⁾ und blieb auch in den abschließenden Lesungen des Plenums unverändert.⁴⁾

§ 36: Teleologische Interpretation

Aus der Entstehungsgeschichte des Art.2 Abs.1 läßt sich also auch nicht ermitteln, was positiv unter der "verfassungsmäßigen Ordnung" zu verstehen ist. Es kann lediglich festgestellt werden, daß sie nach dem Willen des Grundgesetzgebers nicht mit der allgemeinen Rechtsordnung gleichgesetzt werden darf.

Es bleibt daher nur die Möglichkeit, den Inhalt des Begriffs nach den vom Grundgesetz vorgenommenen Bewertungen der auf dem Spiele stehenden Interessen zu bestimmen. Ausgangspunkt für diese Untersuchung ist die Funktion des Gemeinschaftsvorbehalts, das Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Ordnung, zwischen Individuum und Gemeinschaft, zu lösen, bzw. dieses Problem in einem der Verfassung gemäßen Sinn zu entscheiden.

§ 37: Die verfassungsmäßige Ordnung als Normgefüge

Bevor in die Untersuchung eingetreten werden kann, muß klargestellt werden, daß man von der verfassungsmäßigen Ordnung in einer doppelten Bedeutung sprechen kann. Das Wort Ordnung bezeichnet nämlich sowohl ein Sollen als auch ein Sein. Es kann daher hier vom Verfassungsgesetzgeber entweder ein ordnendes N o r m g e f ü g e oder aber eine aus dem Sozialleben selbst herausgewachsene (habituelle) oder(und) durch Normsätze eingeführte (statuierte) R e a l o r d n u n g gemeint sein.⁵⁾ Hierbei ist allerdings zu

- 1) Parlamentarischer Rat, Verhandlungen des Hauptausschusses, S. 613; Entwürfe, S.196 (linke Spalte);
- 2) Parlamentarischer Rat, Entwürfe, S.196 (rechte Spalte);
- 3) Parlamentarischer Rat, Verhandlungen des Hauptausschusses, S. 744; Entwürfe, S.241;
- 4) Vgl. 9.Sitzung vom 6.5.1949 (2.Lesung) und 10.Sitzung vom 8.5. 1949 (3.Lesung);Parlamentarischer Rat, Stenographischer Bericht, S.175-180 und 221-226;
- 5) Vgl. Hirsch, Wörterbuch der Soziologie, S.358;

berücksichtigen, daß es sich - wenn man das Postulat der Verfassungsmäßigkeit der Ordnung nicht außer acht lassen will - nur um eine Realordnung handeln könnte, die vom Grundgesetz mitgeprägt, zumindest aber gebilligt ist.

In den folgenden Paragraphen soll zunächst versucht werden, in der Auslegung des Begriffs "verfassungsmäßige Ordnung" als Normgefüge eine Lösung zu finden. Anschließend soll für die Untersuchung von der "verfassungsmäßigen Ordnung" als Realordnung ausgegangen werden.

§ 38: Die verfassungsmäßige Ordnung als allgemeine Rechtsordnung

Schon vorn¹⁾ wurde dargelegt, daß nach dem Willen des Grundgesetzgebers unter der verfassungsmäßigen Ordnung nicht die allgemeine Rechtsordnung verstanden werden sollte. Dennoch machte sich zu Beginn der Geltungszeit des Grundgesetzes insbesondere die Rechtsprechung diese extrem weite Auslegung zu eigen. Als das die "verfassungsmäßige Ordnung" des Art.2 Abs.1 ausmachende Normgefüge wurde die gesamte vom Grundgesetz vorgefundene Rechtsordnung angesehen.²⁾ Als einer der ersten und bedeutendsten Vertreter dieser Ansicht wurde HERMANN v.MANGOLDT in diesem Zusammenhang immer wieder zitiert.³⁾ FRIEDRICH KLEIN gibt in der zweiten Auflage des Kommentars von v.MANGOLDT dessen angebliche Meinung ausdrücklich auf.⁴⁾ Dabei war es gerade der Abgeordnete v.MANGOLDT gewesen, der in der 23.Sitzung des Grundsatzausschusses des Parlamentarischen Rates auf Grund der Kritik RICHARD THOMAS klargestellt hatte, daß unter "verfassungsmäßiger Ordnung" nicht, bzw. nicht mehr, die allgemeine Rechtsordnung verstanden werden sollte. Daß v.MANGOLDT in der Tat auch späterhin dieser Meinung war, geht aus seinem Grundgesetzkommentar hervor, wenn auch die überall als angeblicher Beweis zitierte Kommentierung zu Art.2 bei isolierter Betrachtungsweise den gegenteiligen Eindruck hervorrufen mußte.⁵⁾

1) Vgl. S.68;

2) OLG Tübingen, DVBl 50/212(213); VGH Freiburg, DÖV 50/346(348); OLG Hamburg, MDR 50/301(302); LVG Hamburg, MDR 50/378(379a.E.); LVG Hannover, DVBl 53/347; Schwarz, NJW 54/1742; Lassally, MDR 50/301;

3) Vgl. Dürig, AöR 79/66;

4) v.Mangoldt-Klein, Anm.IV 1 d zu Art.2;

5) Anm.2 zu Art.2, S.47;

"Verfassungsmäßige Ordnung sagt mehr als 'Verfassung'. Unter 'verfassungsmäßige Ordnung' fällt auch jedes ordnungsgemäß, d.h. nach den Vorschriften der Verfassung ergangene Gesetz. Durch Halbsatz 2 wird also das Grundrecht auch allgemein unter den Vorbehalt des Gesetzes gestellt."

In den "Vorbemerkungen" zum Grundrechtsteil heißt es jedoch:¹⁾
"Die Grundrechte ihrem ganzen Umfange nach zur Verfügung des einfachen Gesetzgebers zu stellen, wäre bei der eindeutigen Entscheidung für die unmittelbare Bindung auch des Gesetzgebers an sie widersinnig gewesen ... Damit wäre den Grundrechten ihr Wert als wirksame Verbürgung der menschlichen Persönlichkeitsrechte genommen worden. Das, was auf der einen Seite durch eine weite Fassung der Grundrechte gegeben wurde, wäre auf der anderen Seite durch die weiten Ermächtigungen an den Gesetzgeber vollkommen infrage gestellt worden."

Daraus folgt, daß v.MANGOLDT der - auch in dieser Abhandlung vertretenen - Ansicht war, Art.2 Abs.1 komme eine doppelte Bedeutung zu: einmal als allgemeines Auffanggrundrecht und zum anderen als allgemeiner Leitrechtssatz und Auslegungsregel für alle Grundrechte als Folge des Muttercharakters des Art.2 Abs.1. Die weitergehende, auch die allgemeine Rechtsordnung umfassende Auslegung sollte sich nur auf die "verfassungsmäßige Ordnung" als Schranke für das allgemeine Auffanggrundrecht, nicht dagegen auf diesen Begriff als Auslegungsregel für alle Grundrechte beziehen.²⁾ Denn es heißt bei v.MANGOLDT weiter:³⁾

"Von dem Grundsatz, die Ermächtigungen zu Eingriffen in die Grundrechte möglichst genau zu umgrenzen, ist in Art.2 abgewichen... Hier wäre es unmöglich gewesen, für die Ermächtigungen eine speziellere Fassung zu finden, die zugleich die notwendige Kürze gehabt hätte ... Gegen eine so weite Ermächtigung sind aber ... keine schwerwiegenden Bedenken zu erheben, denn die Freiheitsrechte, welche in den folgenden Artikeln verbrieft werden, stellen im Grunde genommen nur eine Konkretisierung der allgemeinen Rechte und Freiheiten des Art.2 auf einzelnen Lebensgebieten dar. Sie stehen

1) Kommentar, S.36;

2) Vgl.vorn §§ 28-31; außer der dort zitierten Literatur vgl. auch Thoma, AöR 75/366;

3) Kommentar, S.38;

zu Art.2 im Verhältnis der *lex specialis*. Bei ihnen ist aber für die Ermächtigung an den Gesetzgeber eine speziellere Fassung gefunden."

Es zeigt sich also, daß man v.MANGOLDT Unrecht getan hat, indem man die von ihm bereits erkannte Doppelgesichtigkeit des Art. 2 Abs.1 nicht genügend beachtete. Seiner Argumentation, Art.1 Abs.3 zwingt dazu, die Grundrechte nicht unter dem Vorbehalt des Gesetzes leerlaufen zu lassen, ist nichts hinzuzufügen.

§ 39: Die verfassungsmäßige Ordnung als Summe der fundamentalen Ordnungsnormen

Die durchaus herrschende Meinung lehnt eine Gleichsetzung von verfassungsmäßiger Ordnung und allgemeiner Rechtsordnung ab. Die Frage, was aber positiv unter diesem Begriff des Gemeinschaftsvorbehalts zu verstehen ist, wird unterschiedlich beantwortet. Man spricht von Staatsfundamentalnormen¹⁾, dem Inbegriff der rechtlichen Auswirkungen der verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen²⁾, von den allgemein tragenden Strukturprinzipien und der staatlichen Grundordnung in den wesentlichen Rechtssätzen³⁾, oder von den maßgebenden Grundprinzipien des menschlichen Zusammenlebens, die sich aus dem Bekenntnis zum demokratischen und sozialen Rechtsstaat ergeben.⁴⁾ Andere fassen die Bedeutung der "verfassungsmäßigen Ordnung" in Begriffe wie Nichtstörungsklausel⁵⁾, Immanenzklausel⁶⁾, Gemeinwohlklausel⁷⁾ oder Zumutbarkeitsklausel.⁸⁾ Wenn diese Versuche, den Inhalt des Begriffs "verfassungsmäßige Ordnung" näher zu bestimmen, auch insofern teilweise von einander

1) Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, S.33f; ders. JZ 54/718;

2) Wolff, § 33 V a 2; ders. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S.47;

3) Maunz, Staatsrecht, S.89;

4) Nipperdey, WuW 54/221;

5) Vgl. Dürig, AöR 79/57ff;

6) Vgl. Apelt, JZ 51/355; Bettermann, Grundfragen des Preisrechts, S.7; Scheuner, Festschrift für Richard Thoma, S.223; ders. RSW III, S.159;

7) Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd.1, S.663; ders. DÖV 56/136; Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft, S.17f;

8) Vgl. BVerfGE 4/7(16);

abweichen, als die Akzente unterschiedlich gesetzt werden,¹⁾ so ist man sich doch darin einig, daß unter diesem Begriff nur die elementaren Verfassungsgrundsätze und Grundentscheidungen verstanden werden können.²⁾

Bei dieser Auslegung eines normativ verstandenen Ordnungsbegriffs in Art.2 Abs.1 fallen unter die dritte Schranke des Gemeinschaftsvorbehalts alle die Rechtsgrundsätze, die Voraussetzungen einer jeden Ordnung überhaupt sind, und ohne die es schon gar keine "verfassungsmäßige", d.h. eine speziell ausgestaltete Ordnung geben kann, und die vom Grundgesetzgeber getroffenen politischen Grundentscheidungen, die auf dem Unterbau der elementaren öffentlichen Ordnungsgrundsätze eine der Verfassung gemäße Ordnung errichten; kurz alle fundamentalen Ordnungsnormen. Damit ist eine Beschränkung auf eine Grundordnung herbeigeführt und ein großer Teil der allgemeinen Rechtsordnung aus dem Gemeinschaftsvorbehalt ausgeklammert.

Zu dieser Fundamentalordnung gehört der Rechtsgrundsatz der staatlichen Berechtigung zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und Abwehr der diesen drohenden Gefahren.³⁾ Denn dieser Rechtsgrundsatz hat keine weiteren sozialen Gegebenheiten zur Voraussetzung als eine Rechtsordnung überhaupt: eine Vielheit von Menschen. Die auf dem Spiele stehenden und abzuwägenden Interessen des einzelnen (unbeschränkte Freiheit) und der Gemeinschaft (Wahrung der guten Ordnung des Gemeinwesens) sind unter

1) Vgl. z.B. die zu den Begriffen Gemeinwohlklausel und Nichtstörungsklausel zitierten Fundstellen;

2) Außer den in den Fußnoten auf S.72 Genannten: v.Mangoldt-Klein, Anm.IV 2b zu Art.2; Peters, Launfestschrift, S.676; Meyer-Cording, JZ 52/164; Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S.63; ders. BB 55/105; Naumann, JZ 51/423; Scheuner, VVDStRL 11/21; ders. DÖV 52/132ff; Wernicke, BK Anm.II 2c zu Art.9 - unklar noch Anm.2II 1c zu Art.2; Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnormen, S.46; Scheuner, Handwerksordnung und Berufsfreiheit, S.21; Giese, Kommentar, Anm.3 zu Art.2; Über, Freiheit des Berufs, S.51; Forsthoff, BB 53/421; Fußlein, GR II, S.434; Haas, DÖV 54/170; Dernerde, DVBl 51/316; Bad.VGH, DVBl 51/635ff; dgl. DÖV 53/186;

3) Zum Begriff des Rechtsgrundsatzes und seiner Ableitung aus dem Rechtsprinzip vgl. Wolff, Gedächtnisschrift für Jellinek, S. 37ff, besonders S.42; dens. Festschrift für Sauer, S.103ff, insbesondere S.112; vgl. auch Forsthoff, Lehrbuch, S.62; Laun, Festgabe für Radbruch, S.117ff;

allen Bedingungen konstant.¹⁾

Daß ein solcher Rechtsgrundsatz der staatlichen Berechtigung zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung besteht, wird einhellig anerkannt,²⁾ wenn man auch häufig nicht von einem Rechtsgrundsatz, sondern von etwas ganz Selbstverständlichem spricht,³⁾ und aus der Natur der Sache i.S. GUSTAV RADBRUCHs folgert.⁴⁾ Gleichbedeutend sind auch die "Realien der Gesetzgebung" EUGEN HUBERS⁵⁾, die "phänomenologische Wesensschau" ADOLF REINACHS⁶⁾ und das "konkrete Ordnungsdenken" CARL SCHMITTs.⁷⁾ Alle diese Redewendungen meinen im hier wesentlichen dasselbe, sind nur ungenauer und unjuristischer als die Lehre HANS J. WOLFFs von den Rechtsgrundsätzen.⁸⁾

- 1) Vgl. hierzu Vierkandt, Gesellschaftslehre, S.52ff, 87ff, 106ff; Kaufmann, Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, S.89; und Jerusalem, Soziologie des Rechts, S.31 u.360; vgl. auch Fechner, Soziologische Grenzen der Grundrechte, S.3ff; ders. Soziologie und Leben, S.13;
- 2) Wolff, Gedächtnisschrift für Jellinek, S.42; ders. VVDStRL 9/156; Dürig, AöR 79/57ff; ders. Maunz-Dürig, RdNr.70ff zu Art.2; verfehlt die Ansicht Guts, DÖV 49/466;
- 3) So schreibt etwa Otto Mayer (Deutsches Verwaltungsrecht, Bd.1, 3. Aufl. S.207): "Es gehört von vornherein nicht zur Freiheit des einzelnen, daß er auch die gute Ordnung des Gemeinwesens, in das er hineingestellt ist, durch sein Verhalten stören dürfte; jeder hat vielmehr die gesellschaftliche Pflicht, solche Störungen zu unterlassen."
- 4) Vgl. Launfestschrift, S.157, wo Radbruch ausdrücklich die ablehnende Haltung in seiner Rechtsphilosophie, S.7 ("Glücksfall der Intuition, nicht eine Methode der Erkenntnis") aufgibt. Vgl. auch schon Dernburg (Pandekten, Bd.1, S.87): "Die Lebensverhältnisse tragen, wenn auch mehr oder weniger entwickelt ihr Maß und ihre Ordnung in sich. Diese den Dingen innewohnende Ordnung nennt man Natur der Sache. Auf sie muß der denkende Jurist zurückgehen, wenn es an einer positiven Norm fehlt oder wenn dieselbe unvollständig oder unklar ist." Auch in der Rechtsprechung hat diese Denkform Eingang gefunden. Das Preußische OVG hat in zwei Fällen die Anstaltsgewalt aus der Natur der Sache gerechtfertigt: Urteil vom 9. Juni 1896, OVG 30/437(440): "Es folgt aus der Natur der Sache, daß jeder Lehrer befugt ist, die Ordnung in der ihm anvertrauten Schule aufrecht zu erhalten." Urteil vom 11. Januar 1901, OVG 38/58(65): (Die Befugnis zum Erlaß einer Schlachthausordnung) ... "liegt in der Natur der Sache, ... da notwendig eine Instanz gegeben sein muß, welche die Reihenfolge der Interessenten bestimmt." Aus neuerer Zeit vgl. BVerfGE 5/77(82); 6/104(114, 129); BVerfG JZ 60/596;
- 5) Zeitschrift für Rechtsphilosophie, Bd.1, S.39ff;
- 6) Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts;
- 7) Über die drei Arten rechtlichen Denkens, bes. S.11 ff;
- 8) Vgl. Gedächtnisschrift für Jellinek, S.37-47;

Mag der Grundgesetzgeber auch eine noch so konkrete raum-zeitlich bedingte Leitidee der von ihm zu gestaltenden Ordnung gehalten haben, an diesem vorverfassungsmäßigen Zustand der elementaren gesellschaftlichen Ordnung, zu dessen Aufrechterhaltung auf Störungen repressiv und präventiv reagiert wird, konnte er nicht vorbeigehen. Deshalb ist die Frage, ob die Formulierung "verfassungsmäßige Ordnung" in Art.2 Abs.1 unter Übergehung des Zustandes der elementaren Ordnung sogleich auf eine bereits der Verfassung gemäß ausgestaltete Ordnung verwies, rein rhetorisch, denn die Rechtsgrundsätze sind die obersten und ranghöchsten Rechtsquellen und damit Ausgangsbasis für jede andere Rechtsquelle, die sich zu ihnen nicht in Widerspruch setzen darf.¹⁾ Da der Grundgesetzgeber nach eigenem Eingeständnis das Grundrecht der Freiheit als Menschenrecht einer ungeschriebenen²⁾ Wertordnung entnommen und nur deklaratorisch anerkannt hat,³⁾ mußte konsequenterweise auch dem ungeschriebenen Rechtsgrundsatz der Bindung an die Ordnung Raum gegeben werden. In der vorverfassungsmäßigen Wertordnung ist der Freiheit die soziologische Bindung immanent. Die gesellschaftliche Nichtstörungspflicht ist daher auch vorverfassungsmäßige Menschenpflicht. Mit der deklaratorischen Aufnahme der Freiheit in die Verfassung als Grundrecht ist auch diese Bindung aufgenommen.

-
- 1) Wolff, Gedächtnisschrift für Jellinek, S.36; Nawiasky, JZ 54/717; Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung, S.20ff; ders. Lehrbuch, S.125; Vgl. auch die "Grundnorm" Kelsens (Reine Rechtslehre, S.62), und die "Urrechtsnorm" Welzels (VVDStRL 4/157);
 - 2) Diese Wertordnung ist nichtsdestoweniger aber "positiv"; die wohl herrschende Meinung spricht in diesem Zusammenhang von "überpositivem" Recht, z.B. BVerfGE 1/18 (Leitsatz 21a und 27): Das Bundesverfassungsgericht erkennt die Existenz Überpositiven auch den Verfassungsgesetzgeber bindenden Rechts an. Ebenso BGHZ 11/Anhang S.81; BVerfGE 2/370(403); Wintrich, LaforetFestschrift, S.246; ders. Problematik, S.5; Kaufmann, VVDStRL 3/3; - Gegen diesen Sprachgebrauch wenden sich zu recht Hans J. Wolff und Nawiasky, denn es ist in der Tat ein Widerspruch in sich, "überpositives" Recht als verbindlich anzusehen. Überpositives Recht ist unanwendbar. Ebenso ist der Ausdruck "übergesetzlich" unzutreffend (vgl. z.B. BGHZ 6/270,275), denn jede geltende Rechtsnorm ist Gesetz im materiellen Sinne. Gemeint ist - wie auch hier formuliert wird - ungeschriebenes Recht; vgl. hierzu Wolff, Gedächtnisschrift für Jellinek, S.34; Nawiasky, JZ 54/718;
 - 3) Vgl. Matz, Jahrbuch des öff.Rechts, NF Bd.1, S.42; BGHZ 6/270(275); v.Mangoldt, DÖV 49/261; ders. AöR 75/275; Dürig, JZ 52/517; ders. ZgesStW 109/327; Jerusalem, SJZ 50/Sp.4; Giese, Kommentar, Vorbemerkung II vor Art.1;

Aktualisiert die Verfassung das Freiheitsgrundrecht als subjektives öffentliches Recht, so ist auch diese Bindung zur aktuell geltenden öffentlichen Pflicht geworden.¹⁾ Wenn man den Begriff "verfassungsmäßige Ordnung" normativ versteht, so folgt also zwingend aus der Ordnungsaussage des Grundgesetzes, daß bereits ein Ordnungszustand des gesellschaftlichen Zusammenlebens als gegeben vorausgesetzt und deklaratorisch anerkannt wird, zu dessen Erhaltung rechtens auf Störungen repressiv und präventiv reagiert wird.

Da dieser vorverfassungsmäßige Zustand der gesellschaftlichen Ordnung nichts anderes ist als der Zustand der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, wie ihn § 10 II 17 prALR als Aufgabengebiet der Polizei zugewiesen hat, würde das bedeuten, daß die "verfassungsmäßige Ordnung" auch die polizeiliche Generalklausel beinhaltet. Daß diese Lösung konstruktiv möglich, ja bei Zugrundelegung eines normativen Ordnungsbegriffs in Art.2 Abs.1 sogar allein folgerichtig ist, hat GÜNTER DÜRIG in seiner Abhandlung über "Art.2 des Grundgesetzes und die Generalermächtigung zu allgemeinpolizeilichen Maßnahmen" überzeugend dargetan.²⁾ Ob aber der Ordnungsbegriff in Art.2 Abs.1 nach dem Sinn und Zweck der Grundrechte überhaupt normativ verstanden werden darf, soll an Hand des Ergebnisses einer solchen Annahme im folgenden geprüft werden.

§ 40: Die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne der polizeilichen Generalklausel als Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung

Die öffentliche Ordnung im polizeirechtlichen Sinne kann im Anschluß an die auf der Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts beruhenden amtlichen Begründung zu § 14 PVG³⁾ definiert werden als der Inbegriff derjenigen Normen über Handlungen, Unterlassungen und Zustände, deren Befolgung - über die Grenzen des geltenden bürgerlichen, kriminellen oder anderen öffentlichen Rechts hinaus - nach der herrschenden allgemeinen Auffassung zu den unerläßlichen Voraussetzungen gedeihlichen menschlichen und staatsbür-

1) Dürig, AöR 79/79;

2) AöR 79/57-86; Dürig spricht allerdings nicht von einem Rechtsgrundsatz, sondern von der Natur der Sache;

3) Abgedruckt bei Klausener-Kerstiens-Kemper, Das Polizeiverwaltungsgesetz vom 1.Juni 1931, S.103f;

gerlichen Zusammenlebens gehört.¹⁾

Die Anschauungen darüber, was in ethischer und sozialer Hinsicht für ein geordnetes Zusammenleben im Staate unerlässlich ist, weichen zu verschiedenen Zeiten und an verschiedenen Orten sehr stark von einander ab und schlagen nicht selben gerade in das Gegenteil um.²⁾ Ein endgültiger Katalog dessen, was Bestandteil der öffentlichen Ordnung ist, kann daher nicht aufgestellt werden; gerade hier handelt es sich in besonderem Maße um Werturteile, die großen Wandlungen unterworfen sind. Mit diesem Begriff der Ordnung ist ganz bewußt ein Moment in den Polizeibegriff eingefügt worden, das eine Anpassung der polizeilichen Aufgaben an die örtlichen und vor allem die jeweiligen Erfordernisse der Zeit gewährleistet. Als Beispiel für das, was heute als unerlässliche Voraussetzung eines gedeihlichen Zusammenlebens angesehen werden muß, ließen sich anführen: die Achtung vor der religiösen und weltanschaulichen Überzeugung der Mitmenschen einschließlich der ungestörten Religionsausübung, die Ruhe der Toten, die Wahrung des äußeren Anstandes, die allgemeingültige Auffassung über Sitte und Sittlichkeit, die Vermeidung von unnötigen Belästigungen durch Lärm, Gerüche usw., die Achtung der Grundlage des politischen Zusammenlebens, die Leichtigkeit des Verkehrs, sowie die richtige Wahl von Amtsbezeichnungen und Ortsnamen.³⁾ So stellen zum Beispiel eine Störung der öffentlichen Ordnung dar: gesundheitsgefährdender Lärm,⁴⁾ die Abhaltung von Tanzveranstaltungen,

1) Vgl. Drews-Wacke, Allgemeines Polizeirecht, S.24; Franzen, Lehrkommentar zum PVG, S.182; Rietdorf, Kommentar zum OBG, S.32f; Drews, Lassar, Brecht, Falk, Allgemeine und politische Polizei, S.23; Pioch, Das Polizeirecht einschließlich der Polizeiorganisation, S.9; Friedrichs, Polizeiverwaltungsgesetz v.1.Juni 1931, S.85 Anm.22; Zur Rechtsprechung vgl. die Zusammenstellung bei Drews-Wacke, Allgemeines Polizeirecht, S.33 ff; Zur Entwicklung des polizeilichen Ordnungsbegriffs vgl. die Formulierungen bei Biermann, Privatrecht in Preußen, S.16; Rosin, Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen, S.68ff; Zur geschichtlichen Entwicklung des Polizeibegriffs vgl. Wolff, Polizeirecht im neuen Deutschland, S.15ff;

2) So war z.B. das Rauchen in der Öffentlichkeit früher eine Störung der öffentlichen Ordnung, nicht dagegen das Entleeren von Müllkübeln u.a. auf die Straße;

3) Vgl. Drews-Wacke, Allgemeines Polizeirecht, S.27ff;

4) VGH Frankfurt, VerwRspr 13/337 (Leitsatz);

wenn dadurch die religiösen Gefühle des überwiegenden Teils der Bevölkerung eines Ortes in erheblichem Maße verletzt werden,¹⁾ der Betrieb eines Bordells,²⁾ die Bezeichnung einer Gaststätte neben einem Friedhof "Zur letzten Träne",³⁾ der Verkauf oder die gewerbliche Zurschaustellung von Aschenresten eines Feuerbestatteten,⁴⁾ oder Selbstmord.⁵⁾

Diese Beispiele zeigen, wie weitgehend im polizeilichen Sinne das menschliche Leben geordnet sein muß, um keine Störung darzustellen. Leitidee ist das g e d e i h l i c h e Zusammenleben; also nicht nur diejenigen Handlungen und Zustände sind ordnungswidrig, die das Zusammenleben überhaupt unmöglich machen, sondern auch die, welche das Zusammenleben beeinträchtigen.⁶⁾ Mit RICHARD THOMA kann man ein Lebensgebiet dann als geordnet in diesem Sinne bezeichnen, wenn der auf ihm erreichte K u l t u r z u s t a n d gesichert ist.⁷⁾

Dieses Ergebnis kann mit dem Grundgesetz nicht vereinbar sein. Darf nach dem Sinn und Zweck des Art.2 Abs.1 die "verfassungsmäßige Ordnung" nicht in der allgemeinen Rechtsordnung erblickt werden, so erscheint es erst recht unzulässig, darunter alle diejenigen Normen zu verstehen, deren Befolgung auch über die Grenzen dieser geltenden Rechtsordnung hinaus zu einem gedeihlichen Zusammenleben gehören. Dadurch wäre der Rahmen des Geordnetseins noch weiter gespannt und umfaßte auch die gesellschaftliche Ordnung. Das nicht

1) OVG Koblenz, VerwRspr 7/ 558(Leitsatz);

2) OVG Münster, VerwRspr 11/ 579(Leitsatz);

3) Nebinger, DÖV 49/161,164;

4) ProVG 33/445(449);

5) ProVG 39/390(392);

6) Vgl. aber auch die Abgrenzung von Ordnungsstörung und bloßer Geschmacklosigkeit im Urteil des württ.-bad.VGH, Senat Karlsruhe (DÖV 49/476): Damenringkämpfe sind bloß grobe Geschmacklosigkeiten, weil der weibliche Körper sich zu echten sportlichen Ringkämpfen nicht eigne, jedoch keine Ordnungsstörung, wenn Kleidung und Bewegungen nicht anstößig sind; prOVG 91/139: Frauenboxkämpfe sind Ordnungsstörung, "weil es gegen die natürliche Stellung und Würde der Frau als solcher und damit gegen die öffentliche Ordnung verstößt."

7) Der Polizeibefehl im badischen Recht, S.49; vgl. auch Reiff, Polizeigesetz für Baden-Württemberg, S.31f: "Die gute Ordnung des Gemeinwesens bedeutet einen Zustand, bei welchem die im Gemeinwesen enthaltenen Werte durch gesellschaftliche, d.h. über das Einzeldasein hinaus- und in das Zusammenleben hineinwirkende Schädlichkeiten, die ihm bereitet werden könnten und nicht bereitet werden sollen, möglichst wenig beeinträchtigt werden."

zu widerlegende Hauptargument ergibt sich aber daraus, daß der Grundgesetzgeber das Hauptfreiheitsrecht des Art.2 Abs.1 einzig und allein deshalb in einzelne positivrechtliche Freiheitsgrundrechte aufgelöst hat, um die Freiheit vor spezifischen, h i s t o - r i s c h e n Gefährdungen zu schützen.¹⁾ Die Herausnahme und spezielle Ausgestaltung einzelner (klassischer) Betätigungsformen der Freiheit würde sinnlos, wenn unter der "verfassungsmäßigen Ordnung" des Gemeinschaftsvorbehalts auch die Ordnung im Sinne der polizeilichen Generalklausel verstanden würde. Denn die historische Gefährdung besteht gerade in den polizeilichen Eingriffen in die Freiheit. Die P o l i z e i f e s t i g k e i t ist daher ein wesentliches Merkmal der im Grundgesetz aufgewerteten Grundrechte. Sie sind nicht mehr polizeibegrenzt, sondern polizeibegrenzend. So wenig man dem verfassungspolitischen Sinn der Grundrechte des Grundgesetzes gerecht wird, wenn man sie unter dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung leerlaufen läßt, wird man es, wenn man ihnen auf dem Weg über die Schrankentrias des Art.2 Abs.1 die Polizeifestigkeit nimmt.²⁾

Aus demselben Grunde ist es müßig, eine Einschränkung des Inhalts der "verfassungsmäßigen Ordnung" auf die öffentliche Sicherheit im Sinne der polizeilichen Generalklausel vorzunehmen. Als Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit gilt nur der Schutz vor Schäden, die entweder den Bestand des Staates oder seiner Einrichtungen, oder das Leben, die Gesundheit, Freiheit, Ehre oder das Vermögen des einzelnen bedrohen.³⁾ Jede Gefährdung der öffentlichen Sicherheit stellt gleichzeitig eine Gefahr für die öffentliche Ordnung im vorn aufgezeigten Sinne dar. Der Begriff der öffentlichen Sicherheit ist also insofern enger, als es zu jeder Zeit und überall gleichermaßen ein Bedürfnis der menschlichen Gemeinschaft ist, daß die unter dem Begriff der öffentlichen Sicherheit zusammengefaßten Rechtsgüter vom Staate geschützt werden. Die öffentliche Sicherheit ist daher ein enger Ausschnitt aus der

1) Vgl. vorn § 28, S.52f;

2) Krüger, NJW 55/201; ders. DÖV 55/597; Beyer, NJW 54/713; Zeidler, NJW 54/1069; Rhode-Liebenau, DÖV 57/473; Löffler, DÖV 57/899;

3) Vgl. die amtliche Begründung, abgedruckt bei Klausener-Kerstiens-Kemper, Das Polizeiverwaltungsgesetz, S.104;

öffentlichen Ordnung, sozusagen der überall und zu allen Zeiten konstante Teil.¹⁾ Als Ordnungsstörung würde bei dieser restriktiven Auslegung nur die Gefährdung wesentlicher Rechtsgüter infrage kommen. Hundegebell bei Nacht,²⁾ Geräusche einer Nähmaschine,³⁾ Kegelschießen,⁴⁾ das Krähen und Flügelschlagen eines Hahns im Keller eines Großstadthauses,⁵⁾ der Gestank von Knochen und Lumpen,⁶⁾ oder die Staubentwicklung beim Reinigen von Getreide⁷⁾ beispielsweise würden - wenn auch gegen die polizeiliche Ordnung - nicht gegen die so verstandene verfassungsmäßige Ordnung verstoßen, es sei denn, sie führten zu gesundheitlichen Schäden bei den Belästigten.

Um der Polizeifestigkeit der Grundrechte willen ist jedoch auch eine solche Lösung mit dem Grundgesetz nicht vereinbar.

§ 41: Die verfassungsmäßige Ordnung als Realordnung

Die vorstehenden Ausführungen haben ergeben, daß das Ergebnis einer normativen Auslegung des Begriffs "verfassungsmäßige Ordnung" mit dem Grundgesetz nicht vereinbar ist. Deshalb wird im folgenden im Anschluß an HERBERT KRÜGER⁸⁾ von einem existentiell verstandenen Ordnungsbegriff ausgegangen. In diesem Sinne bezeichnet das Wort Ordnung ein *S e i n*, nicht ein *S o l l e n*. Die Berechtigung einer solchen Auslegung ergibt sich aus der Überlegung, daß jedes rechtliche Sollen real existent sein muß, um sich notfalls mit Zwang durchsetzen zu können.⁹⁾ Diese reale Existenz der verfassungsmäßigen Ordnung ist der Staat. Die verfassungsmäßige Ordnung stellt sich als die Zusammenfassung aller Existenzelemente der Staatlichkeit des Gemeinwesens dar.¹⁰⁾ Auf Grund dieses Teils des

1) Rietdorf, Kommentar zum OBG, S.31; Müller-Heidelberg, Das Niedersächsische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung, S.39; Senger-Kurzmann, Kommentar zum OBG, S.39;

2) PrVB1 21/245;

3) PrVB1 47/429;

4) PrVB1 50/429;

5) PrVB1 51/501;

6) PrVB1 6/380;

7) PrVB1 5/379;

8) NJW 55/201-204; anders noch in Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, S.24 Anm.1 und DVBl 50/627;

9) Krüger, NJW 55/204;

10) Krüger, NJW 55/201;

Gemeinschaftsvorbehalts dürfen daher die Grundrechte insoweit eingeschränkt werden, als dies zur Sicherung des Staates erforderlich ist, wobei unter Staat kein formaljuristischer Begriff, sondern der soziale Seins-, Ordnungs- und Wirkungszusammenhang verstanden wird, welcher sich in der Form des modernen Staates ausgestaltet hat.¹⁾ Die Frage, die noch zu prüfen sein wird, ist, was als für die Sicherung und Festigung der Existenz unerlässlich anzusehen ist. Hierbei ist davon auszugehen, daß nicht nur diejenigen Bestandteile der Staatlichkeit des Gemeinwesens schutzwürdig sind, die das Grundgesetz als solche bezeichnet hat;²⁾ es gibt sie auch außerhalb der geschriebenen Verfassung. Denn es ist einer Verfassung gar nicht möglich, alle Essentialien der staatlichen Existenz enumerativ aufzuzählen; zum anderen wird eine Verfassung nur die Erwähnung derjenigen Existenzelemente für geboten erachten müssen, deren Charakter streitig ist oder streitig werden könnte.³⁾ Eine Verfassung kann und braucht also nicht die Existenzelemente der von ihr verfaßten Staatsordnung abschließend aufzuzählen, es kommt hierfür nur eine allgemeine Umschreibung in Frage, wie sie das Grundgesetz mit dem Begriff "verfassungsmäßige Ordnung" gewählt hat.⁴⁾

Im folgenden Kapitel soll geprüft werden, ob auch von den Anstaltsbenutzungsverhältnissen einige zu den geschriebenen oder ungeschriebenen Existenzelementen der Staatlichkeit unseres Gemeinwesens gehören.

5. Kapitel: Folgerungen für die Anstaltsbenutzungsverhältnisse

Der Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung des Art.2 Abs.1 bezieht sich nicht nur auf die Existenz eines Gemeinwesens schlechthin, meint vielmehr die Existenz des konkret gestalteten Staates, mit dem das Grundgesetz es zu tun hat. Die unter die verfassungsmäßige Ordnung zu subsumierenden Existenzelemente entscheiden daher nicht nur über das "Ob" der Staatlichkeit des Gemeinwesens,

1) Krüger, NJW 55/204;

2) Z.B. das Beamtentum in Art.33 Abs.4 und 5;

3) Krüger, NJW 55/204;

4) Krüger, NJW 55/204;

sondern auch über das "Wie". Daraus folgt, daß nicht nur solche Anstaltsbenutzungsverhältnisse zur verfassungsmäßigen Ordnung gehören können, welche ganz allgemein Voraussetzung einer jeden staatlichen Ordnung sind, sondern auch solche, durch die diese Ordnung der Verfassung gemäß ausgestaltet wird.

§ 42: Ordnungserhaltende Anstaltsbenutzungsverhältnisse

Zunächst soll jedoch untersucht werden, ob es Anstalten gibt, ohne die eine Ordnung im modernen Staat überhaupt nicht möglich ist.

Das wird man uneingeschränkt für die Strafvollzugsanstalten bejahen müssen, und zwar unabhängig davon, welcher Theorie über den Sinn und Zweck des Strafens man sich anschließt. Der Staat, von dem das Grundgesetz ausgeht, kann sich nicht mit den Primitivformen des Strafens: Züchtigung, Tötung und Ausstoßung begnügen; ihm sind nur Kulturformen des Strafens angemessen, die auch die Möglichkeit einer Freiheitsentziehung zur Voraussetzung haben.¹⁾ Ein Freiheitsentzug ohne ein Strafanstaltsverhältnis aber ist undenkbar. Sein Wesen besteht gerade darin, daß der Delinquent - ohne aus dem Staatsverband ausgestoßen zu werden - zeitweise oder lebenslänglich aus der Gesellschaft ausgeschlossen wird. Eine räumliche Abgeschlossenheit mit selbständiger Leitungsgewalt und den erforderlichen sachlichen und persönlichen Mitteln - eben eine Anstalt - ist hier unabdingbar erforderlich.

Ebenso eindeutig steht fest, daß in einer modernen Massengesellschaft die Aufrechterhaltung der Ordnung durch Abwehr von Seuchen und anderen gefährlichen ansteckenden Krankheiten ohne die Organisation einer Anstalt unmöglich ist. Derjenige Staatsbürger, der sich nicht freiwillig behandeln und notfalls für die Dauer der Krankheit isolieren lassen will, muß zwangsweise von seinen Mitbürgern getrennt werden können, weil sonst ein erfolgreicher Kampf gegen derartige Gefahren für die Volksgesundheit nicht geführt werden kann. Der Staat würde sich aufgeben, wollte er die Freiheitsgrundrechte soweit gewährleisten, daß ein Grundrechtsträger sie für eine Handlungsweise in Anspruch nehmen könnte, durch die er die Volksgesundheit in Gefahr bringt. Selbstverständ-

1) Vgl. hierzu Vierkandt, Gesellschaftslehre, S.100;

lich ist für die Existenz eines Staates nur die Abwehr derjenigen übertragbaren Krankheiten und Seuchen von Belang, die geeignet sind, die Substanz des Volkskörpers zu zerstören, wie z.B. die Geschlechtskrankheiten,¹⁾ die Psittacosis oder die Tuberkulose.²⁾ Die erforderliche Isolierung des Krankheitsträgers setzt wieder eine anstaltliche Organisation voraus, die eine räumliche Abschließung bei geeigneten Maßnahmen für die Wiederherstellung des Patienten ermöglicht.

Gleichermaßen ist für die Unterbringung gemeingefährlicher Geisteskranker eine Heil- und Pflegeanstalt unerlässlich, da nur durch die Zusammenfassung personeller und sachlicher Mittel zu einer gewissen Einheit die Gewähr gegeben ist, daß den Auswirkungen dieser Krankheit jederzeit mit den erforderlichen Mitteln begegnet werden kann.

Zu den für die Existenz eines Staatswesens erforderlichen Anstalten gehören auch die Fürsorgeerziehungsanstalten, denn zur Erhaltung der Ordnung gehört das Hineinwachsen der Jugend in die Ordnung. Der Staat kann nicht tatenlos zusehen, wenn infolge eines Versagens des Elternhauses die Verwahrlosung eines Teils der Jugend droht, da anderenfalls die Aufrechterhaltung der existentiell wichtigen Grundordnung des Gemeinwesens in der nächsten Generation in Frage gestellt werden könnte. Er muß daher - auch wenn dadurch die Freiheit beeinträchtigt wird - befugt sein, junge Menschen auf diese Weise mit den Grundvoraussetzungen einer Ordnung vertraut zu machen.

Alle die eben aufgeführten Anstaltsbenutzungsverhältnisse sind Voraussetzung einer jeden staatlichen Ordnung und unabhängig von speziellen Stil- und Strukturprinzipien eines Staates. Durch sie wird die staatliche Grundordnung erhalten. Deshalb sollen sie als o r d n u n g s e r h a l t e n d e Anstaltsbenutzungsverhältnisse bezeichnet werden.

1) Vgl. § 4 Abs.2 des Gesetzes zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten v.18.2.1937 (RGBl I, S.61);

2) Vgl. §§ 3,37 BSeuchG v.18.Juli 1961 (BGBl I, S.1012); - zu diesen Vorschriften vgl. Wolff, DÖV 51/313; Pentz, NJW 53/133f; Becker, NJW 52/50ff; OVG Münster, AS 7/159(161); dgl. 9/258 (262); vgl. aber auch BGH, VerwRSpr 7/274 (Leitsatz);

§ 43: Ordnungsgestaltende Anstaltsbenutzungsverhältnisse

Es wurde schon darauf hingewiesen, daß sich die Bedeutung der "verfassungsmäßigen Ordnung" nicht in der Erhaltung einer Elementarordnung erschöpft. Legt man den Schwerpunkt bei der Untersuchung auf die Eigenschaftsaussage "verfassungsmäßig", so wird nach o r d n u n g s g e s t a l t e n d e n Anstaltsbenutzungsverhältnissen gesucht, die das Grundgesetz zu den Existenzelementen der von ihm ausgestalteten Staatlichkeit rechnet. Jede formelle Verfassung gestaltet die elementare Grundordnung, indem sie Entscheidungen über die Staats- und Regierungsform, die Sozial-, Wirtschafts- und Kulturverfassung des Gemeinwesens trifft. Diese Entscheidungen sind Ausdruck der von Verfassungsgeber zu Verfassungsgeber unterschiedlichen "jeweiligen Welt- und Lebensanschauungen, der sozialen Machtverhältnisse, der geschichtlichen Lebensform und des politischen Gestaltungswillens."¹⁾ HANS J. WOLFF prägte dafür den Begriff der verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen,²⁾ die er definiert als die "auf einer Entscheidung des Staatsträgers beruhenden G e s t a l t u n g s p r i n z i p i e n des staatlichen Lebens, die Art und Form der konkreten staatlichen Existenz bestimmen."³⁾ Die Annahme, daß auch ordnungsgestaltende Anstaltsbenutzungsverhältnisse zu den Existenzelementen der vom Grundgesetzgeber gestalteten Ordnung gehören, bedarf des Nachweises einer diesbezüglichen verfassungsgestaltenden Grundentscheidung. Diese Grundentscheidungen müssen sich aus der Verfassungsurkunde selbst ergeben, brauchen allerdings nicht ausdrücklich formuliert zu sein, wie das in Art. 20 Abs. 3 und Art. 28 geschehen ist, sondern können auch unausgesprochen als sogenannte "Grundsätze und Leitideen" den Einzelregelungen zugrunde liegen.⁴⁾

Nach der ausdrücklichen Formulierung einer für unsere Untersuchung in Betracht kommenden Grundentscheidung sucht man vergebens

1) Wolff, § 25 II b;

2) Gedenkschrift für Jellinek, S. 47; § V a 2;

3) § 25 II a;

4) Vgl. BVerfGE 2/380 (Leitsatz 4); BVerwGE 1/159 (161); 3/130 (133f); Wolff, § 25 II; ders. Gedächtnisschrift für Jellinek, S. 49; - z.B. die aus Art. 9, 12 und 15 folgende Entscheidung gegen eine kommunistische Wirtschaftsordnung;

im Grundgesetz. Aus einzelnen Vorschriften läßt sich jedoch eine derartige Leitidee ermitteln, nämlich aus Art.5 Abs.3 und Art.7 die Entscheidung über unsere Kulturverfassung. Aus den angeführten Artikeln ergibt sich, daß sich der Grundgesetzgeber für eine Kulturordnung entschieden hat, zu der wesentlich die verschiedenen Arten der Schulen und wissenschaftlichen Hochschulen gehören, die unter dem Begriff der Bildungsanstalten zusammengefaßt werden. Indem sich der Grundgesetzgeber mit seiner Entscheidung über die Kulturverfassung unseres Gemeinwesens für diese Anstaltsbenutzungsverhältnisse entschieden hat, machte er sie zu gestaltenden Existenzelementen der Staatlichkeit und somit zum Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung. Auch zugunsten der Bildungsanstalten ist daher eine Einschränkung der Grundrechte möglich.

§ 44: Merkmal der Institutionalisierung

In der wissenschaftlichen Literatur wird im Zusammenhang mit der Entscheidung des Grundgesetzes für ein spezielles Abhängigkeitsverhältnis des einzelnen zum Staat von I n s t i t u t i o n a l i s i e r u n g gesprochen.¹⁾ Diesem Sprachgebrauch kann für die ordnungsgestaltenden Anstaltsbenutzungsverhältnisse gefolgt werden, macht er doch augenscheinlich, daß der Grundgesetzgeber durch eine verfassungsgestaltende Grundentscheidung nicht nur abstrakte Leitideen proklamiert, sondern auch die mit dem gestalteten Lebensbereich in Zusammenhang stehenden konkreten besonderen Abhängigkeitsverhältnisse einer Wertung unterzieht.²⁾ Durch die verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen werden die davon betroffenen Einrichtungen zum Bestandteil der staatlichen Existenz; sie werden gestaltende Existenzelemente und gehören als solche zur verfassungsmäßigen Ordnung. Der Begriff der Institutionalisierung ist auch insofern gut gewählt, als er an die Begriffe "Insti-

1) Erstmals soweit ersichtlich Hildegard Krüger, ZBR 56/310; ebenso v.Münch, Diss. S.37; ders. JZ 58/73; Mann, DÖV 60/410;

2) Ähnlich verhält es sich mit Art.9 Abs.3. In dieser Vorschrift ist dem Wortlaut nach nur die Koalitionsfreiheit garantiert; darüberhinaus ist aber zugleich in Art.9 Abs.3 eine Garantie der Koalitionen selbst enthalten; vgl. BVerfGE 4/96 (Leitsatz 1);

tutsgarantie" und "institutionelle Garantie" anklingt. Wie bei diesen eine Institution des privaten oder öffentlichen Rechts zugunsten des einzelnen Staatsbürgers garantiert wird,¹⁾ wird bei der Institutionalisierung eine Einrichtung zugunsten des Gemeinwesens in der Verfassung garantiert.

Fälschlicherweise wird die Institutionalisierung aber auch für die hier als ordnungserhaltend charakterisierten Anstaltsbenutzungsverhältnisse gefordert.²⁾ Diese gehören aber von vornherein zu den Existenzelementen einer jeden staatlichen Ordnung.³⁾ Es bedarf daher keiner verfassungsgestaltenden Grundentscheidung für sie, denn ohne sie ist gar keine Ordnung, also auch keine der Verfassung gemäße Ordnung möglich. Folglich kann auch nicht von dem Erfordernis ihrer Institutionalisierung gesprochen werden. Nur die ordnungsgestaltenden Anstaltsbenutzungsverhältnisse müssen im Grundgesetz institutionalisiert sein.

§ 45: Kriterium des Sonderstatus

Die als staatserhaltende und -gestaltende Existenzelemente des Gemeinwesens herausgearbeiteten Anstaltsbenutzungsverhältnisse haben eines gemeinsam: sie begründen für ihre Benutzer einen **S o n d e r s t a t u s**.

Unter Status wird die existentielle Qualifikation einer Person in ihrer rechtsordnungsgemäßen Beziehung zum Staate verstanden.⁴⁾ Diese Rechtsstellung betrifft die Zivilperson⁵⁾ nicht nur in der einen oder anderen bestimmten Hinsicht, sondern ergreift sie als solche. Es liegt im Wesen eines Status, daß er die Existenz seines Inhabers zur Gänze bestimmt.⁶⁾ Im Unterschied zu einer schuldrechtlichen Obligation erschöpft er sich nicht in bestimmten von vornherein meßbaren aktuellen Rechten und Pflichten, er ist vielmehr

1) Zu diesen Begriffen vgl. Scheuner, RSW IV, S.88ff; Huber, AöR 23/51ff; Menzel, AöR 28/32ff; Wolff, § 33 V d; v.Mangoldt-Klein, Vorbemerkung A VI 3 vor Abschnitt I;

2) Vgl. die in Fußnote 1) auf Seite 85 Genannten;

3) Vgl. vorn S.81ff;

4) Wolff, § 32 IV c;

5) Zum Begriff vgl. Wolff, § 32 III c, der die Unterscheidung zwischen Privatperson und Zivilperson in die wissenschaftliche Literatur einführt;

6) Köttgen, RSW IV, S.237;

ein "Inbegriff potentieller Rechte und Pflichten, eines rechtlichen Könnens und Sollens, das sich je nach den verschiedenen sozialen Situationen in wechselnden Ausprägungen aktualisiert."¹⁾

Um einen Sonderstatus handelt es sich hier deshalb, weil durch die genannten Anstaltsbenutzungsverhältnisse über das allgemeine Gewaltverhältnis hinausgehende und nur ihre Benutzer betreffende, besondere potentielle Rechte und Pflichten begründet werden. Diese sind bedingt durch die Unmittelbarkeit der Beziehungen des Anstaltsbenutzers zum Staat und das Erfordernis unmittelbarer Einsatzmöglichkeit hoheitlicher Gewalt.

Die besonderen Rechte und Pflichten des Inhabers eines Sonderstatus lassen sich nicht erschöpfend aufzählen. In den ordnungserhaltenden und -gestaltenden Anstaltsbenutzungsverhältnissen ist der einzelne in eine so nahe zweckbedingte Verbindung zur öffentlichen Gewalt getreten, daß sich daraus wesensnotwendig eine gewisse objektive Unvorhersehbarkeit notwendiger Eingriffe ergibt, sowohl bezüglich des Erfordernisses dieser Eingriffe, als auch bezüglich deren Intensität.²⁾ Auf diese Unvorhersehbarkeit der zu treffenden Maßnahmen als Charakteristikum der besonderen Gewaltverhältnisse hat schon PAUL KAHN hingewiesen.³⁾ Wesensmerkmal der zur verfassungsmäßigen Ordnung gehörenden Anstaltsbenutzungsverhältnisse ist demnach, daß die Beziehungen des einzelnen zum Staat nicht von vornherein genau fixiert werden können. Es fehlt an einer Überschaubarkeit der zu regelnden Fälle. Keine noch so ins einzelne gehende kasuistische Regelung der schulischen Anstaltsdisziplin beispielsweise könnte die unendliche Vielfalt disziplinärer Berührungspunkte ausschöpfen, würde aber die Institution der Schule in ihrer Funktionsfähigkeit erheblich gefährden und sie um die wesensnotwendige Elastizität ihrer Ausgestaltung bringen.⁴⁾ Der den besonderen Status in diesen Benutzungsverhältnissen ausmachende besondere Kreis potentieller Rechte und Pflichten entzieht sich einer enumerativen Aufzählung.

1) Wolff, § 32 IV;

2) Leisner, DVBl 60/618;

3) Dissertation, S.12f;

4) Leisner, DVBl 60/619;

Die Modalitäten der Aktualisierung des rechtlichen Könnens auf der Seite der Anstaltsdisziplin und des rechtlichen Sollens auf der Seite der Anstaltsbenutzer sind unermeßlich. Eben- sowenig wie die Erziehung eines Kindes im Elternhaus nach einem von vornherein starr festliegenden Rezept, dem "Schema F" erfolgen kann, ist das in einer Fürsorgeerziehungsanstalt der Fall. Es ist utopisch, im einzelnen normativ vorhersehen zu wollen, wie sich die Entwicklung gestalten wird, wie, wo, wann und mit welchem Mittel am besten auf eine Fehlentwicklung reagiert oder gute Anlagen geweckt und gefördert werden sollen. Das gleiche Bild ergibt sich in den Strafvollzugsanstalten und den vorn genannten Kranken-, Heil- und Pflegeanstalten,¹⁾ wobei bei letzteren sich die objektive Unvorhersehbarkeit des Eingriffserfordernisses auch aus medizinischen Gesichtspunkten im Hinblick auf Art und Verlauf der Krankheit, und nicht nur aus der Unvorhersehbarkeit der menschlichen Verhaltensweisen ergibt. Die Beziehungen zwischen öffentlicher Gewalt und einzelem in den sonderstatusbegründenden Anstaltsbenutzungsverhältnissen normativ erschöpfend regeln zu wollen, wäre gleichbedeutend mit dem Versuch, im bürgerlichen Recht die Privatautonomie abzuschaffen und an deren Stelle eine alle Beziehungen der Privatpersonen untereinander ausschließlich und definitiv bestimmende Kodifikation zu setzen.

Die Unvorhersehbarkeit folgt daraus, daß in diesen Anstaltsbenutzungsverhältnissen einzelner und Staat "bis auf Tuchfühlung" aneinander rücken. So unmittelbar wie die Benutzer dieser Anstalten ist keine andere Zivilperson der staatlichen Gewalt ausgesetzt. Und diese Unmittelbarkeit macht begreiflich, daß auch der für das allgemeine Gewaltverhältnis gedachte, durch die Grundrechte abgesteckte Raum der Freiheit nicht immer ausgespart werden kann. Der für die Garantie einer Freiheitssphäre erforderliche Raum und Abstand ist einfach nicht gegeben, wo die Verwaltung das öffentliche Interesse im Rahmen eines Anstaltsbenutzungsverhältnisses mit einer Intensität verfolgt, der die unmittelbare Einsatzmöglichkeit von Hoheitsgewalt entsprechen muß. Zwar ist auch im allgemeinen Statusverhältnis in gewisser Hinsicht eine objektive Unüberschaubarkeit gegeben, weshalb die Ordnungs- und Polizeipflicht, in der sich

1) Vgl. vorn § 42;

u.a. der passive Status aktualisiert,¹⁾ in Form einer Generalklausel gefaßt wird; aber wenigstens insoweit sind alle Maßnahmen von vornherein übersehbar, als man gewisse Grenzen ziehen, also polizeifeste Grundrechte gewährleisten kann. Dagegen ergibt sich aus der Unmittelbarkeit der Beziehungen zwischen Staat und einzelnen in den ordnungserhaltenden und -gestaltenden Anstaltsbenutzungsverhältnissen, daß hier nicht einmal derartige Grenzen errichtet werden können. Wenn der Grundgesetzgeber z.B. das Grundrecht der freien Religionsausübung und der Versammlungsfreiheit²⁾ ohne jede Einschränkungsmöglichkeit garantiert, so kann er dabei nicht an die sonderstatusbegründenden Anstaltsverhältnisse gedacht haben. Ein Strafanstaltsverhältnis ist unmöglich, wenn jeder Insasse zu Prozessionen, Wallfahrten oder Versammlungen im Freundeskreis ausgeführt werden müßte. Ebenso dürfte dann z.B. ein an offener Lungentuberkulose Erkrankter für den Besuch des Gottesdienstes nicht auf die Kapelle der Anstalt beschränkt werden, sondern müßte auf seinen Wunsch die der Öffentlichkeit zugänglichen Kirchen aufsuchen können, wobei eine Übertragung der Krankheit nicht zu vermeiden wäre. Es ist daher keine Entscheidung gegen den Willen des Grundgesetzgebers und hat mit Polizeistaatlichkeit nichts zu tun, wenn man die Ansicht vertritt, daß die Freiheitsgrundrechte sich in den genannten Anstaltsbenutzungsverhältnissen nicht voll entfalten können. Die Grundrechte sind polizeifest, nicht aber **s o n d e r s t a t u s f e s t**. Selbstverständlich findet auch die Anstaltsdisziplin ihre Grenzen, die sich auch aus dem Grundgesetz ergeben,³⁾ aber diese sind nicht identisch mit den durch die Freiheitsgrundrechte gezogenen Grenzen.

Wenn vorn unter den zur verfassungsmäßigen Ordnung gehörenden Anstaltsverhältnissen keine Benutzungsverhältnisse erwähnt wurden, die der staatlichen Daseinsvorsorge dienen, so wird die Richtigkeit dieses Ergebnisses jetzt unterstrichen: diese Anstaltsverhältnisse begründen keinen Sonderstatus. Ausgeschieden waren schon zu Beginn der Untersuchung die Anstalten der Daseinsvorsorge mit privatrechtlicher Nutzungsordnung, da in ihnen keine Anstaltsdiszi-

1) Vgl. Wolff, § 32 IV c;

2) Art.4 Abs.2, Art.8; Nur für Versammlungen unter freiem Himmel ist dieses Recht einschränkbar, vgl. Art.8 Abs.2;

3) Vgl. Teil III dieser Abhandlung;

plin wirksam ist;¹⁾ es kann sich also nur noch um solche Anstalten handeln, die ihre Leistung auf Grund einer öffentlich-rechtlichen Nutzungsordnung gewähren. Zwar haben in diesen Anstalten die Benutzungsverhältnisse auch hoheitlichen und nicht privatrechtlichen Charakter, hier werden aber öffentliche Interessen nicht mit einer I n t e n s i t ä t verfolgt, der die unmittelbare Einsatzmöglichkeit von Hoheitsgewalt entsprechen muß. Bei diesen Anstalten könnte die Verwaltung den Anstaltszweck auch auf Grund einer privatrechtlichen Nutzungsordnung erreichen. Diese Alternative stellt ein Indiz dafür dar, daß kein sonderstatusbegründendes Anstaltsbenutzungsverhältnis vorliegt.²⁾ Diese, meist auf Gebührenbasis arbeitenden Anstalten sollen als p r i v a t r e c h t s ä h n l i c h e bezeichnet³⁾ und als zweite Unterart der hoheitlichen Anstalten den sonderstatusbegründenden gegenüber gestellt werden. Sie gehören nicht zur verfassungsmäßigen Ordnung, eine Einschränkung von Freiheitsgrundrechten der Benutzer ist also in keinem Falle möglich.

Die hier im Anschluß an HANS J. WOLFF vorgenommene Unterscheidung von sonderstatusbegründenden und privatrechtsähnlichen Anstalten⁴⁾ schwebt offenbar auch dem Bundesgerichtshof vor. In den Urteilen vom 3. Dezember 1951⁵⁾ und vom 26. März 1953⁶⁾ vertritt der Bundesgerichtshof die Ansicht, daß das Benutzungsverhältnis einer öffentlichen Krankenanstalt in der Regel privatrechtlicher Natur sei, unabhängig davon, ob die Nutzungsordnung privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich ausgestaltet sei: "Das Verhältnis der Patienten zu dem öffentlichen Krankenhaus und seinen Ärzten ist im übrigen wie bei den privaten Krankenhäusern bürgerlich-rechtlicher Natur. Das gilt selbst dann, wenn der Akt der Einweisung öffentlich-rechtlicher Natur war. Es besteht für die Kranken kein Zwang das öffentliche Krankenhaus zu benutzen. Sie sind dort abgesehen von der auch in jeder privaten Krankenanstalt bestehenden Hausordnung keiner Zwangs- oder Disziplinalgewalt unterworfen. Ärztliche Eingriffe

1) Vgl. vorn Seite 15;

2) Weber, VVDStRL 15/187;

3) Vgl. die "schlichten Anstaltsverhältnisse" bei Weber, VVDStRL 15/187;

4) Wolff, § 32 IV 3;

5) BGHZ 4/138-153;

6) BGHZ 9/145-151;

können gegen ihren Willen nicht erfolgen. Sektionen können nicht ohne das Einverständnis der Angehörigen vorgenommen werden. Die öffentlichen Krankenhäuser unterscheiden sich also abgesehen von der Art der Gebühreneinzahlung und dem Umstand, daß sie weitgehend im Interesse der öffentlichen Fürsorge Zuschußbetriebe sind, im wesentlichen in nichts von privaten Krankenanstalten. Deshalb ist auch das Verhältnis dieser Krankenhäuser zu ihren Patienten in der Regel als privatrechtliches anzusehen."¹⁾

Damit meint der Bundesgerichtshof aber nicht auch diejenigen Anstaltsbenutzungsverhältnisse, die in dieser Abhandlung als ordnungserhaltend qualifiziert wurden. Er läßt vielmehr ausdrücklich dahingestellt, "daß in den Fällen einer Zwangsbehandlung, z.B. bei Geschlechtskrankheiten, Zwangsimpfungen, Schuluntersuchungen, ferner bei Behandlung von Gefangenen oder bei der Unterbringung von gemeingefährlichen Geisteskranken möglicherweise keine privatrechtlichen, sondern hoheitsrechtliche Beziehungen vorliegen."²⁾

Der Bundesgerichtshof hat in diesen beiden Urteilen zwar eine Unterscheidung in der Form vorgenommen, daß er den schlicht-hoheitlichen Krankenhausverhältnissen einfach den hoheitlichen Charakter absprach, womit er sich in Gegensatz zur herrschenden Lehre in der Verwaltungsrechtswissenschaft setzte.³⁾ Es stellt aber dennoch keine gewaltsame Entstellung und Verzerrung des Inhalts dieser Entscheidungen dar, wenn man ihnen die hier getroffene Unterscheidung zugrunde legt. Wenn man nämlich der herrschenden Lehre folgt und auch die schlicht-hoheitliche Verwaltung als Hoheitsverwaltung ansieht, läuft die Ansicht des Bundesgerichtshofs im Ergebnis auf die hier vorgenommene Unterscheidung von sonderstatusbegründenden und privatrechtsähnlichen Anstaltsbenutzungsverhältnissen hinaus. Der Bundesgerichtshof hat erkannt, daß in den von ihm privatrechtlich und hier privatrechtsähnlich genannten Anstaltsbenutzungsverhältnissen keine besondere öffentlich-rechtliche Gewalt wirksam ist. Die Ausführungen des Bundesgerichtshofs, mit denen er den privatrechtlichen Charakter des Nutzungsverhältnisses auch bei öffentlich-rechtlicher Nutzungsordnung begründen will, können un-

1) BGHZ 9/145(148f);

2) BGHZ 9/145(149);

3) Vgl. Wolff, § 23 II b;

eingeschränkt für die privatrechtsähnlichen Anstaltsverhältnisse übernommen werden. Der Bundesgerichtshof grenzt nach genau denselben Kriterien ab, weshalb er auch zu dem Ergebnis kommen mußte, daß die hier sogenannten ordnungserhaltenden Krankenanstaltsbenutzungsverhältnisse - in der Terminologie des Bundesgerichtshofs gesprochen - keine privatrechtlichen sondern hoheitsrechtliche Beziehungen begründen. Der Bundesgerichtshof verkennt nur, daß diese Benutzungsverhältnisse den privatrechtlichen nur ähnlich, nicht aber gleich sind, da Grundlage des Benutzungsverhältnisses eine öffentlich-rechtliche Nutzungsordnung ist.

6. Kapitel: Charakterisierung der Grundrechtsschranken in den ordnungserhaltenden Anstaltsbenutzungsverhältnissen

§ 46: Immanente sachliche intransitive Gewährleistungsschranke des mißbrauchten Grundrechts

Durch die Maßnahmen, welche gegen denjenigen getroffen werden, der die existentielle Grundordnung des Gemeinwesens stört, wird nicht in das zur Störung mißbrauchte Grundrecht e i n g e g r i f f e n , vielmehr wird der Störer nur in von vornherein bestehende Schranken z u r ü c k g e w i e s e n . Er wird an einer Betätigung seiner Freiheit gehindert, die durch die Grundrechtsgarantie begrifflich nicht mehr gedeckt wird. Diese Schranke folgt unmittelbar aus der Art und Weise der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Freiheit. Im Anschluß an FRIEDRICH KLEIN kann man diese Schranken daher als G e w ä h r l e i s t u n g s s c h r a n k e n bezeichnen.¹⁾ Die Gewährleistung bezieht sich hierbei auf den sachlichen Inhalt der Grundrechte, nicht auf einen bestimmten Kreis von Personen als die aus ihnen Berechtigten. Im Unterschied zu diesen sogenannten persönlichen Gewährleistungsschranken handelt

1) v. Mangoldt-Klein, Vorbemerkung B XV2; bezüglich der Terminologie besteht hier Übereinstimmung mit Klein, jedoch nicht hinsichtlich der Schrankensystematik. Nach Klein stellt die verfassungsmäßige Ordnung i. S. des Art. 2 Abs. 1 eine generelle verfassungsunmittelbare Vorbehaltsschranke dar, vgl. Vorbem. B XV 3, während in dieser Abhandlung aus diesem Teil der Schrankentrias sowohl Gewährleistungsschranken als auch Vorbehaltsschranken abgeleitet werden; vgl. das im folgenden Ausgeführte;

es sich hier um eine s a c h l i c h e Gewährleistungsschranke.¹⁾ Eine Gewährleistungsschranke kann in der Einzelgewährleistung des betreffenden Grundrechts enthalten sein, oder aber sich aus dem System der Grundrechtsbestimmungen ergeben. Zur Abgrenzung von den später darzustellenden systematischen Gewährleistungsschranken der Grundrechte in den ordnungserhaltenden Anstaltsbenutzungsverhältnissen sei daher hier von einer i m m a n e n t e n sachlichen Gewährleistungsschranke gesprochen.²⁾ Die Pflicht, die existentielle Grundordnung zu wahren, besteht um der anderen Grundrechtsträger willen, die nur in einem geordneten Gemeinwesen ihre Persönlichkeit entfalten können. Die hier aufgezeigte Grundrechtsschranke ist deshalb i n t r a n s i t i v , denn sie ist zugunsten der unbestimmten Vielheit der Mitmenschen des Störers gezogen.³⁾

Diese Schranke wird akut zum Beispiel in einer Irrenanstalt für gemeingefährliche Geisteskranke, wo die andauernde ordnungswidrige Handlungsweise der Insassen durch die Anstaltsdisziplin bekämpft wird, oder in Zwangsheilanstalten nach § 4 Abs.2 GeschlKrG, in denen die Anstaltsdisziplin durch die räumliche Abschließung die Kranken daran hindert, ihre Freiheit zur Weiterverbreitung der Krankheit zu mißbrauchen. Ebenso verhält es sich mit den Strafanstalten, soweit es sich um gefährliche Gewohnheitsverbrecher handelt, also der Gesichtspunkt der S p e z i a l p r ä v e n t i o n im Vordergrund steht. Hierher gehören auch die Anstalten der Sicherungsverwahrung, die gleichfalls der präventiven Gefahrenabwehr dienen.

Scharf sind aber von diesen Maßnahmen jene zu trennen, die als nachträgliche Sanktion gegen bereits abgeschlossene Störungen der Ordnung verhängt werden und nicht mehr ordnungswidriges Verhalten eindämmen oder unmittelbar bevorstehendes verhindern sollen.⁴⁾ Deshalb müssen die Strafvollzugsanstalten im Hinblick auf den "normalen" Strafgefangenen, der in erster Linie um der S ü h n e

1) Vgl. v.Mangoldt-Klein, Vorbemerkung B XV 2 vor Abschnitt I;

2) Vgl. v.Mangoldt-Klein, ebenda;

3) Zu den Begriffen transitiv und intransitiv vgl. Wolff, § 40 II;

4) Dürig, Maunz-Dürig, Anm.77 zu Art.2 Abs.1, unter Aufgabe seiner Haltung in AÖR 79/85;

und Generalprävention willen zu Freiheitsentzug verurteilt worden ist, hier ausgeklammert werden. Ihnen soll später ein besonderes Kapitel gewidmet werden.

§ 47: Immanente sachliche reflexive Gewährleistungsschranke des mißbrauchten Grundrechts

Wenn der Freiheit die Bindung an die existentielle Grundordnung sachlich immanent ist, und zu den Existenzelementen dieser Grundordnung auch die ordnungserhaltenden Anstaltsbenutzungsverhältnisse gehören, so folgt daraus, daß die Freiheit auch insoweit eine Einschränkung erfahren muß, als diese Existenzelemente andernfalls ihre Funktionsfähigkeit einbüßen würden. Aus der "verfassungsmäßigen Ordnung" des Gemeinschaftsvorbehalts in Art.2 Abs.1 ergibt sich also außer den Schranken zugunsten der übrigen Grundrechtsträger auch eine Beschränkung der Freiheit um der Funktionsfähigkeit der ordnungserhaltenden Anstalten selbst willen. Diese Schranke des mißbrauchten Grundrechts ist anstaltsbezogen. Durch die Anstaltsdisziplin schränkt die Anstalt die Rechtsstellung ihrer Benutzer um ihrer selbst willen ein; daher sei im Gegensatz zu den intransitiven in diesem Zusammenhang von reflexiven Grundrechtsschranken die Rede. Sie sind ebenfalls immanente sachliche, weil diese Anstaltsverhältnisse zu der Grundordnung gehören, an welcher der Inhalt der Freiheit von vornherein seine Grenze findet. Gegen einen gemeingefährlichen Irren oder einen an einer Seuche Erkrankten beispielsweise sind daher nicht nur solche grundrechtseinschränkende Maßnahmen zulässig, die erforderlich sind, um eine Gefährdung der Mitmenschen zu verhindern, sondern auch solche, die zur Aufrechterhaltung des reibungslosen Anstaltsbetriebes erforderlich sind. Das Kriterium der Funktionsfähigkeit ist - wie nicht verkannt wird - eine sehr unbestimmte Generalklausel. Aber das ist eine nicht vermeidbare Folge der vorn dargelegten objektiven Unvorhersehbarkeit des Eingriffserfordernisses.¹⁾ Die unabdingbaren und für jedes Anstaltsbenutzungsverhältnis geltenden Grenzen der Grundrechtseinschränkungen werden im dritten Teil dieser Abhandlung

1) Vgl. vorn § 45;

dargelegt.

§ 48: Systematische sachliche intransitive Gewährleistungsschranke der übrigen Grundrechte

In bestehende Schranken zurückgewiesen werden kann nur das mißbrauchte Grundrecht. Notwendigerweise ergeben sich jedoch auch Einschränkungen anderer Grundrechte. Wenn jemand nach § 4 Abs.2 GeschlKRG in eine Krankenanstalt eingewiesen worden ist, so ist neben der mißbrauchten Freiheit auf sexuellem Gebiet gleichzeitig z.B. das Grundrecht der Versammlungsfreiheit (Art.8), der Freizügigkeit (Art.11) und der freien Religionsausübung (Art.4 Abs.2) betroffen. Diese Einschränkung des sachlichen Inhalts der nicht zur Störung mißbrauchten Freiheitsrechte ergeben sich aus dem System der Grundrechte: wenn die Einschränkung eines Grundrechts nach der Verfassung zulässig ist, gleichzeitig aber unumgänglich auch andere Freiheiten beeinträchtigt werden müssen, so ist auch deren Einschränkung gerechtfertigt. Sie unterliegen *s y s t e m a t i s c h e n* sachlichen Gewährleistungsschranken. Diese Gewährleistungsschranken sind deshalb *i n t r a n s i t i v*, weil auch sie zugunsten der Allgemeinheit bestehen.

§ 49: Systematische sachliche reflexive Gewährleistungsschranke der übrigen Grundrechte

Aus dem Vorhandensein einer immanenten sachlichen reflexiven Gewährleistungsschranke des mißbrauchten Grundrechts folgt zwingend, daß auch systematische reflexive Gewährleistungsschranken zugunsten der Funktionsfähigkeit der ordnungserhaltenden Anstalten bestehen müssen. Es gilt insoweit das zu den systematischen intransitiven Grundrechtsschranken Gesagte entsprechend: wenn die Verfassung eine Einschränkung der Grundrechte zuläßt, die nicht nur das mißbrauchte Grundrecht betrifft, sondern auch andere Grundrechte in Mitleidenschaft zieht, so ist die Einschränkung in dem System der Grundrechte begründet und daher verfassungsrechtlich zulässig.

So ist es zum Beispiel für die Erreichung der Spezialprävention in Anstalten der Sicherungsverwahrung nicht erforderlich, die An-

staltsinsassen in ihrem Recht auf freie Arztwahl zu beeinträchtigen. Da aber die Gewährung dieses Rechts an jeden einzelnen Anstaltsinsassen zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Anstaltsbetriebes führen könnte - man denke nur an die Schwierigkeiten, die dadurch entstehen, daß der jeweils gewünschte Arzt sich bei seinen Patientenbesuchen aus zeitlichen Gründen nicht immer an den Tagesablauf in der Anstalt halten kann, oder daß der Gefangene einen Arzt bestellt, der auch einmal "ein Auge zudrückt", oder der mit den besonderen Problemen der durch die Haft bedingten psychischen und physischen Reaktionen nicht vertraut ist, wird man eine Beschränkung des Rechtes der freien Arztwahl für zulässig halten müssen.¹⁾ Hier bestätigt sich die Richtigkeit der vorn vorgenommenen Definition des Anstaltsbegriffs nach funktionalen Gesichtspunkten. Die Funktionsfähigkeit der Anstalt setzt einen medizinischen Experten voraus, der mit den Formen und Folgen der besonderen medizinischen Reaktionen in dem Anstaltsbenutzungsverhältnis vertraut ist (Haftpsychose, Triebverbiegungen u.ä.).

§ 50: Einschränkung der Geltung der Grundrechte

Schon vorn²⁾ wurde darauf hingewiesen, daß die Gewährleistungsschranken im Sinne der Logik keine Schranken sind, sondern Eingrenzungen, begriffliche Festlegungen der Grundrechte. Es wird hier nämlich nicht etwas grundsätzlich Bestehendes von außen her eingeschränkt, vielmehr konkretisieren sich die Begriffe der Grundrechte erst durch diese Eingrenzungen. Jenseits der Gewährleistungsschranken existiert das Grundrecht nicht. Daher sollte man in diesen Fällen von Einschränkungen der G r u n d r e c h t s g e l t u n g sprechen. Die Ausübung der Grundrechte kann nur dann eingeschränkt werden, wenn das Grundrecht begrifflich vorhanden ist. Die immanente Bindung der Freiheit an die Fundamentalordnung schränkt aber die Existenz der Freiheitsgrundrechte ein.³⁾

1) Diese Einschränkung bejahen auch OLG Hamburg, MDR 55/111 (112) und OVG Hamburg, DVBl 56/658 (Leitsatz 2); a.A. Mittermaier, Gefängniskunde, S.114;

2) Vgl. S.18f;

3) Wie weit diese Einschränkungen zulässig sind, wird im Teil III dieser Abhandlung dargelegt;

7. Kapitel: Charakterisierung der Grundrechtsschranken in den ordnungsgestaltenden Anstaltsbenutzungsverhältnissen

§ 51: Generelle verfassungsunmittelbare transitive Vorbehaltsschranke

Der Begriff der Freiheit findet seine Grenze an der existentiellen Grundordnung insofern, als diese Ordnung Voraussetzung für die staatliche Gewährleistung einer Freiheit und damit der Freiheitsgrundrechte überhaupt ist. Eine gesellschaftliche Ordnung ohne die Möglichkeit, sich gegen existenzbedrohende Gefahren zu schützen, ist nicht denkbar. Wie dieses Gemeinwesen im einzelnen ausgestaltet ist, kann dahingestellt bleiben; wesentlich ist nur, daß es überhaupt besteht. Zu der Grundordnung, die Voraussetzung eines jeden staatlichen Gemeinwesens ist, gehören die ordnungserhaltenden Anstaltsbenutzungsverhältnisse. Die ordnungsgestaltenden Anstaltsbenutzungsverhältnisse dagegen gehören zur Fundamentalordnung in einem schon etwas weiter gefaßten Sinne, da sie nicht über das "Ob" der staatlichen Existenz, sondern über das "Wie" bestimmen. Sie gehören nicht von vornherein zur verfassungsmäßigen Ordnung, sondern erst auf Grund einer verfassungsgestaltenden Grundentscheidung. Deshalb findet der Begriff der Freiheit auch durch diese erst auf Grund ausdrücklicher Entscheidung des Grundgesetzgebers gezogenen Schranken nicht seine Festlegung und Eingrenzung. Der Begriff der Freiheit hat keine unterschiedliche Bedeutung je nach der Staatsform, der Kultur-, Wirtschafts- und Sozialverfassung des Gemeinwesens. Durch die diesbezüglichen Entscheidungen des Verfassungsgebers wird vielmehr der feststehende Inhalt der einzelnen Freiheitsgrundrechte eingeschränkt. Daher sollte man in diesem Zusammenhang auch nicht von persönlichen Gewährleistungsschranken sprechen,¹⁾ weil es hier eben nicht um eine von vornherein und immer bestehende Eingrenzung der Freiheit geht, wie etwa bei der persönlichen Ge-

1) Klein bezeichnet unterschiedslos sämtliche besonderen Gewaltverhältnisse als "Sonderfall der persönlichen Gewährleistungsschranken", vgl. v. Mangoldt-Klein, Vorbemerkung XVI 4 vor Abschnitt I;

währleistungsschranke der Grundrechtsmündigkeit, sondern um Vorbehalte, die der Verfassungsgeber in das Grundgesetz eingebaut hat, um die von ihm getroffenen politischen Strukturprinzipien wirksam werden zu lassen. In den erst durch eine verfassungsgestaltende Grundentscheidung zu Existenzelementen der Staatlichkeit unseres Gemeinwesens gewordenen ordnungsgestaltenden Anstaltsbenutzungsverhältnissen handelt es sich deshalb nicht um Gewährleistungsschranken, sondern um **V o r b e h a l t s s c h r a n k e n** im Sinne der Terminologie FRIEDRICH KLEINS.¹⁾ Da diese Schranke sich aus dem Gemeinschaftsvorbehalt des Art.2 Abs.1, also unmittelbar aus der Verfassung durch die Verfassung ergibt, liegt hier eine **v e r f a s s u n g s u n m i t t e l b a r e** Vorbehaltsschranke vor. Verfassungsmittelbar ist eine Grundrechtsschranke dann, wenn die betreffende Grundrechtsbestimmung nicht durch die Verfassung selbst, sondern erst auf Grund der Verfassung durch Gesetz oder auf Grund von Gesetzen, durch Verwaltungsmaßnahmen oder Gerichtsentscheidungen eingeschränkt wird, die ihrerseits eine Rechtsgrundlage in der Verfassung finden.²⁾ **G e n e r e l l** ist diese Vorbehaltsschranke, weil sie sich auf alle Grundrechte und nicht nur auf einzelne von ihnen erstreckt.³⁾ Der **t r a n s i t i v e** Charakter folgt aus der Zielrichtung der Grundrechtsbeschränkungen. Die Schranke in den ordnungsgestaltenden Anstaltsbenutzungsverhältnissen ist im Gegensatz zu der in den ordnungserhaltenden nicht wegen der Allgemeinheit, sondern um der Benutzer selbst willen gezogen. Damit der allgemeine Status des Staatsbürgers erst richtig entwickelt, diesem die Voraussetzungen für die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit - wie das Grundgesetz sie versteht - mitgegeben werden können, hat sich der Verfassungsgeber für eine Einschränkung der Grundrechte in den Bildungsanstalten entschieden; in erster Linie also um der betroffenen Grundrechtsträger selbst willen. Ihretwegen unterliegen die Grundrechte in den institutionalisierten Anstaltsbenutzungsverhältnissen gewissen Einschränkungen.

1) v.Mangoldt-Klein, Vorbemerkung B XV 3 vor Abschnitt I;

2) v.Mangoldt-Klein, ebenda;

3) v.Mangoldt-Klein, ebenda;

§ 52: Generelle verfassungsunmittelbare reflexive Vorbehaltsschranke

Wenn das Grundgesetz auch ordnungsgestaltende Anstaltsverhältnisse zur verfassungsmäßigen Ordnung rechnet, so - ebenso wie bei den ordnungserhaltenden - wegen ihrer Funktion. Auszugehen ist deshalb davon, daß auch die zur Aufrechterhaltung dieser Funktionsfähigkeit erforderlichen Einschränkungen der Freiheitsrechte verfassungsrechtlich zulässig sind. Es gibt demnach auch r e f l e x i - v e Vorbehaltsschranken in diesen Anstaltsbenutzungsverhältnissen. Daher sind in den Bildungsanstalten nicht nur die grundrechtseinschränkenden Maßnahmen zulässig, welche der eigentlichen Unterrichtstätigkeit und dem schulischen Erziehungszweck dienen,¹⁾ sondern auch solche, die für den reibungslosen und störungsfreien Ablauf des Anstaltsbetriebes erforderlich sind.²⁾

§ 53: Einschränkung der Ausübung der Grundrechte

Im Gegensatz zu den Gewährleistungsschranken handelt es sich bei den Vorbehaltsschranken nicht um Eingrenzungen der Grundrechte, sondern um echte von außen herangetragene Schranken. Gewährleistet werden die Freiheitsgrundrechte auch in den ordnungsgestaltenden Anstaltsbenutzungsverhältnissen. Deshalb sollte man auch ihre Geltung in diesen besonderen Statusverhältnissen nicht in Abrede stellen, sondern von einer Einschränkung nur der A u s ü b u n g der Grundrechte sprechen.

8. Kapitel: Die Strafvollzugsanstalten

Die Strafvollzugsanstalten gehören zu den als ordnungserhaltend qualifizierten Anstalten, da sie der Aufrechterhaltung der existen-

1) Vgl. hierzu die 40 Beispiele bei Heckel, RdJ 54/23-26;

2) So darf die Schule z.B. den nahewohnenden Kindern das Mitbringen von Fahrrädern untersagen, weil der Abstellraum für Fahrräder zu klein ist, oder darf sie Schüler, die keine Turnschuhe besitzen, vom Turnunterricht ausschließen, um eine Beschädigung des Turnhallenbodens durch Straßenschuhe zu vermeiden; vgl. Heckel, RdJ 54/23;

tiellen staatlichen Ordnung dienen. Dennoch unterliegen die Grundrechte in diesem Fall keinen Gewährleistungsschranken, da es sich um die *V e r g e l t u n g* des geschehenen Unrechts, der bereits *a b g e s c h l o s s e n e n* Störung handelt. Der Störer soll sühnen, nicht an einer andauernden oder unmittelbar bevorstehenden Straftat gehindert werden.¹⁾ Er wird also nicht bei der Betätigung seiner Freiheit in von vornherein bestehende Schranken zurückgewiesen, eine Gewährleistungsschranke kommt deshalb nicht in Betracht. Nachträglich wird der Delinquent in seiner Freiheit beschnitten, auch wenn er sie jetzt und in Zukunft nur im Rahmen der grundgesetzlichen Gewährleistung in Anspruch nimmt. Deshalb kann es sich hier nur um eine von außen an die Freiheitsgrundrechte herangetragene Schranke handeln. Ebenso wie bei den ordnungsgestaltenden Anstaltsbenutzungsverhältnissen unterliegen die Grundrechte im Strafvollzugsverhältnis daher einer generellen verfassungsunmittelbaren Vorbehaltsschranke, wenn der Nachweis gelingt, daß sie in der Verfassung *i n s t i t u t i o n a l i s i e r t* sind. Denn nur wenn eine solche Entscheidung des Grundgesetzgebers vorliegt, sind die Grundrechtseinschränkungen verfassungsrechtlich zulässig.

Daß die Form der konkreten Existenz des staatlichen Gemeinwesens, welches das Grundgesetz voraussetzt und ausgestaltet, ohne die Strafvollzugsanstalten nicht denkbar ist, hat der Verfassungsgeber unmißverständlich in den Art.12 und 104 GG zum Ausdruck gebracht. Zutreffend wird daher in diesen Vorschriften die *Institutionalisierung* des Strafanstaltsverhältnisses gesehen.²⁾

Da auch in diesen Anstalten die Einschränkungen der Freiheitsgrundrechte zugunsten der Allgemeinheit und um der Funktionsfähigkeit der Anstalten selbst willen erfolgen, handelt es sich hier um generelle verfassungsunmittelbare intransitive und reflexive Vorbehaltsschranken.³⁾

1) Daß der Gesichtspunkt der Spezialprävention hier ausgeklammert werden muß, das Anstaltsverhältnis der Sicherungsverwahrung und das Strafanstaltsverhältnis im Hinblick auf den gefährlichen Gewohnheitsverbrecher hier also nicht mit gemeint sind, wurde bereits vorn, Seite 93f, festgestellt;

2) Hildegard Krüger, ZBR 56/310; v.Münch, JZ 58/73;

3) Vgl. zu den Merkmalen intransitiv und reflexiv die Ausführungen vorn auf Seite 93 und 94;

Teil III: Grenzen der Grundrechtsschranken

Wenn feststeht, daß Grundrechtseinschränkungen in einigen Arten der Anstaltsbenutzungsverhältnisse zulässig sind, so ist damit noch nichts darüber gesagt, wie weit diese gehen dürfen. Angesichts der durch Art.2 Abs.1 in Verbindung mit Art.1 Abs.1 für das Spannungsverhältnis Individuum - Staat begründeten Ausgangsvermutung für die Freiheit des einzelnen kommt einer genauen Abgrenzung der Ausnahmen besondere Bedeutung zu.

1. Abschnitt: Unfreiwillig begründete Anstaltsbenutzungsverhältnisse

Da die freiwillig begründeten Anstaltsbenutzungsverhältnisse sowohl nach ihrer Zahl als auch nach ihrer Bedeutung nahezu unbedeutend sind, sollen zunächst die durch Zwangseinweisung begründeten Nutzungsverhältnisse untersucht werden.

1. Unterabschnitt: Absolute materielle Grenze des Art.1 Abs.1 GG

Das oberste Konstitutionsprinzip¹⁾ der Verfassung, die Würde des Menschen, bildet eine absolute Grenze jeglicher Grundrechtseinschränkung. Die Menschenwürde ist verletzt, wenn der Mensch zu einer vertretbaren Größe herabgewürdigt, zum bloßen Mittel der Verwaltung gemacht wird.²⁾ Auch der "entmenschte" Schwerstverbrecher hat eine unantastbare Würde, die er gerade durch den im Tierreich undenkbaren Mißbrauch der Freiheit zur Selbsterniedrigung unter Beweis stellt. Daher darf auch die Anstaltsdisziplin des Zuchthauses diese Würde nicht antasten.³⁾ Auch in seiner Zelle ist er Mensch kraft seines Geistes, "der ihn abhebt von der unpersönlichen Natur und ihn aus eigener Entscheidung dazu befähigt, seiner selbst bewußt zu werden, sich selbst zu bestimmen."⁴⁾

1) Wintrich, Problematik, S.10;

2) Dürig, AöR 81/127;

3) Dürig, AöR 81/125; v.Mangoldt-Klein, Anm.III 8 zu Art.1;

4) Dürig, AöR 81/125; ebenso Maunz, Staatsrecht, S.93f; Nipperdey, GR II, S.22f;

Ebenso muß der allgemein menschliche Eigenwert der Würde als vorhanden angesehen werden, wenn der Insasse einer Irrenanstalt im konkreten Fall die Fähigkeit zu dieser freien Selbstbestimmung und Lebensgestaltung nicht besitzt.¹⁾ Auch er darf nicht als "Stück" oder "Nummer" erfaßt und bearbeitet werden.

2. Unterabschnitt: Absolute materielle Grenze des Art.3 Abs.1 GG

Aus der genannten absoluten materiellen Grenze des Art.1 Abs.1 folgt zwingend die Grenze der Gleichheit.²⁾ Der Wertanspruch auf Menschenwürde in Art.1 Abs.1 wird inhaltlich präzisiert in den beiden Hauptgrundrechten auf Freiheit (Art.2 Abs.1) und Gleichheit (Art.3 Abs.1). Art.3 Abs.1 kennt keine Einschränkungsmöglichkeiten. Da die Würde des Menschen auch im Anstaltsbenutzungsverhältnis unantastbar ist, entfaltet folglich auch der Gleichheitssatz hier seine volle Wirkung. Gleiches muß gleich, Ungleiches ungleich behandelt werden.

Aus diesem allgemeinen Rechtsgrundsatz der Gleichbehandlung folgt die G l e i c h h e i t d e r W ü r d e aller Anstaltsbenutzer. Er bedeutet, daß keiner von ihnen mehr Anspruch auf Berücksichtigung seiner Interessen hat als jeder andere, und daß sein objektiv wertvollstes Interesse ist, "in dem Wesenskern seines sittlichen Mensch-Seins geachtet zu werden."³⁾ Weiter ergibt sich aus diesem in Art.3 zum Ausdruck gebrachten Rechtsgrundsatz die R e c h t s a n w e n d u n g s g l e i c h h e i t: die in einem Rechtssatz für den Fall des Vorliegens eines bestimmten Tatbestandes angeordneten Rechtsfolgen müssen auf jeden Anstaltsbenutzer angewandt werden, der diesen Tatbestand erfüllt. Die numerische Verschiedenheit der einzelnen darf keine Rolle spielen, selbst wenn der Anstaltsleitung ein Ermessensspielraum eingeräumt ist.⁴⁾ Des weiteren beinhaltet Art.3 Abs.1 die Forderung

1) v.Mangoldt-Klein, Anm.III 3 c zu Art.1; Dürig, AöR 81/125ff;

2) Vgl. hierzu Böckenförde, Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, insbesondere S.43-74;

3) Wolff, § 33 VI;

4) Der Inhalt des Gleichheitssatzes wird häufig auf dieses sog. Willkürverbot beschränkt, vgl. Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, S.72; ders. DVBl 51/195; Wintrich, Laforet-festschrift, S.231,237; ders. RSW IV, S.143; BVerfGE 1/14(52); 2/336(340); 3/4(10); stdg.Rspr.; BayVerfGH, VerwRspr.1/1(2); 1/274(276); 2/396(400);

der R e c h t s e t z u n g s g l e i c h h e i t . Die durch die numerische Bestimmtheit der einzelnen Person bedingten menschlichen Verschiedenheiten der Anstaltsbenutzer dürfen nicht zum Anknüpfungspunkt besonderer Rechtsfolgen gemacht werden, es sei denn, daß diese typischerweise die abzuwägenden Interessenlagen bestimmen.¹⁾ Der Gleichheitssatz verbietet also jedwede unterschiedliche Behandlung im Anstaltsbenutzungsverhältnis, es sei denn, daß diese im Hinblick auf ihren Zweck (Gemeinwohl-Gerechtigkeit) oder im Hinblick auf die Art und Weise, ihren Zweck zu erreichen (austeilende Gerechtigkeit), aus dem Rechtsprinzip begründet ist.²⁾

3. Unterabschnitt: Absolute materielle Grenze des Art.104 Abs.1
Satz 2 GG

Art.104 gehört nach Inhalt und Wesen in den Grundrechtsteil des Grundgesetzes. Hier wird der in Art.2 Abs.2 Satz 3 enthaltene Gesetzesvorbehalt wieder aufgenommen, präzisiert und durch wichtige Rechtsgarantien ergänzt. Durch den untrennbaren Zusammenhang mit Art.2 Abs.2 erhält auch Art.104 selbst Grundrechtscharakter,³⁾ und unterliegt daher wie alle Grundrechtsvorschriften der Aktualisierungsnorm des Art.1 Abs.3. Art.104 ist deshalb unmittelbar geltendes Recht und bindet Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung.⁴⁾

Abs.1 Satz 2 des Art.104 bestimmt: Festgehaltene Personen dürfen weder seelisch noch körperlich mißhandelt werden. Während Art. 104 sonst nur von formellen Voraussetzungen der Freiheitsentziehung handelt, enthält dieser Satz ein materielles Freiheitsgrundrecht, das sich allerdings weitgehend mit Art.2 Abs.2 Satz 2 deckt, der die körperliche Unversehrtheit schützt. Das absolute Verbot körperlicher und seelischer Mißhandlungen ist Ausfluß und Konkretisierung der in Art.1 Abs.1 anerkannten Würde des Menschen, und ist hier für den Fall der Freiheitsentziehung noch einmal be-

1) Wolff, § 33 VI;

2) Wolff, § 33 VI; Böckenförde, Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, S.74;

3) v.Mangoldt, Kommentar, Anm.2 zu Art.104; BayVGh, DVBl 54/810; vgl. auch BVerwGE 1/229(231); Wolff, DÖV 51/313;

4) BGHZ 5/46(47); BVerwGE 1/229(231); BayVGh, DVBl 54/810; BadVGh, DVBl 51/602 (Leitsatz 1);

sonders hervorgehoben.¹⁾

Eine Freiheitsentziehung ist gegeben, wenn jemand gegen oder ohne seinen Willen durch die öffentliche Gewalt an einem bestimmten, eng umgrenzten Ort festgehalten wird.²⁾ Es kommt also entscheidend darauf an, daß eine Person durch die öffentliche Gewalt daran gehindert wird, einen bestimmten Ort zu verlassen, wobei gleichgültig ist, mit welchen Mitteln die Freiheitsentziehung durchgeführt wird. Es genügt, daß jemand durch psychische Mittel - z.B. durch Strafdrohung - daran gehindert wird, einen eng umgrenzten Raum zu verlassen.³⁾ Eine Freiheitsentziehung liegt also z.B. auch dann vor, wenn die Ordnungsbehörde einen ansteckend Erkrankten in eine nicht abgeschlossene Krankenanstalt einweist und der Betroffene mit einer Bestrafung nach § 327 StGB rechnen muß, falls er sich dieser Anordnung widersetzt. Aber selbst wenn der Eingewiesene keine Strafe zu gewärtigen hat, wird man eine Freiheitsentziehung bejahen müssen, da bereits in der rechtlichen Verbindlichkeit und der Möglichkeit der zwangsweisen Durchsetzung einer solchen Anordnung ein psychischer Zwang liegt.⁴⁾ Zu eng und sachlich unrichtig ist die Legaldefinition in § 2 des Gesetzes über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen,⁵⁾ da hier die Freiheitsentziehung bewußt von der Einschließung und Aussperrung her vorgenommen⁶⁾ und nicht auf den Erfolg, die Beseitigung der Bewegungsfreiheit, abgestellt wird.⁷⁾

Unbeachtlich ist, aus welchen Motiven und zu welchem Zweck die Freiheit entzogen wird.⁸⁾ Eine Freiheitsentziehung liegt deshalb auch dann vor, wenn sie objektiv im Interesse des Betroffenen liegt, weil sie etwa seiner Fürsorge, Heilung oder Pflege dient.⁹⁾

Ein weiteres Tatbestandsmerkmal der Freiheitsentziehung ist

1) Dürig, Maunz-Dürig, Rdnr. 20 zu Art.104;

2) Hamann, Grundgesetz, Anm.B 1 zu Art.104; Dürig, Maunz-Dürig, Rdnr. 6 zu Art.104;

3) OLG Hamm, NJW 53/798; Reichard, Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen, S.31f;

4) Dürig, Maunz-Dürig, Rdnr. 6 zu Art.104;

5) vom 29.6.1956, BGBl I, S.599;

6) Vgl. BTDrucksache Nr.169, 2.Wahlperiode; Saage, JR 56/282;

7) Dürig, Maunz-Dürig, Rdnr.6 zu Art.104; Reichard, FreiEntzG, S.31f; zweifelnd an der Richtigkeit der Legaldefinition auch Saage, Freiheitsentziehungsverfahren, S.73;

8) Holtkotten, BK, Erl.II B 1 zu Art.104; OVG Koblenz, AS 2/29(32);

9) Dürig, Maunz-Dürig, Rdnr.6 zu Art.104;

die räumliche Beschränkung auf einen eng umgrenzten Ort, da die körperlich-räumliche Bewegungsfreiheit dem Staatsbürger entzogen sein muß. Ein geringer Bewegungsraum hebt aber die Freiheitsentziehung nicht auf. Eine solche liegt deshalb auch dann noch vor, wenn sich der Untergebrachte innerhalb einer Anstalt frei bewegen kann.¹⁾

Weiter ist erforderlich, daß die Freiheit gegen oder ohne den Willen des Betroffenen entzogen wird. Stimmt die unterzubringende Person ihrer Unterbringung in einer geschlossenen Anstalt zu, dann liegt schon begrifflich keine Freiheitsentziehung i.S. des Art. 104 GG vor.²⁾ Durch die Einwilligung bringt der Unterzubringende zum Ausdruck, daß er sich in der betreffenden Anstalt aufhalten und von seiner Bewegungsfreiheit keinen weiteren Gebrauch machen will.³⁾ Da es sich hierbei nicht um eine rechtsgeschäftlich bedeutsame Erklärung, sondern um die rein tatsächliche Frage der körperlichen Bewegungsfreiheit handelt, ist der natürliche Wille maßgebend und ausreichend.⁴⁾ Daher können auch Kinder, Geisteskranke und Geistesschwache in ihre Unterbringung einwilligen, wobei selbstverständliche Voraussetzung ist, daß sie auf Grund ihrer Einsichtsfähigkeit in der Lage sein müssen, die Bedeutung des staatlichen Eingriffs im wesentlichen zu erfassen.⁵⁾

Was die "körperliche Mißhandlung" i.S. des Art. 104 anlangt, so ist in Übereinstimmung mit dem gleichlautenden Begriff des § 223 StGB hierunter jede üble und unangemessene Behandlung zu verstehen, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit beeinträchtigt. Demnach ist z.B. verboten: Unterbringung in zu engen, feuchten, unheizbaren Zellen, Bestrahlung mit übermäßig starken Lichtquellen, unzureichende hygienische Verhältnisse, mangelhafte Verpflegung.⁶⁾ "Seelische Mißhandlung" ist jede entehrende

1) VG Freiburg, DVBl 51/313;

2) Hamann, Grundgesetz, Anm. A 3; Holtkotten, BK, Erl. II B 1;

3) Vgl. die Ausführungen vorn S. 47f;

4) Wolff, DÖV 51/316; Saage, JR 56/282; Holtkotten, BK, Erl. II B 1;

5) Zur Frage der Ersetzbarkeit des natürlichen Willens durch den Willen der bürgerlich-rechtlichen Gewalthaber vgl. Dürig, Maunz-Dürig, Rdnr. 11 zu Art. 104;

6) Hamann, Grundgesetz, Anm. B 4; Dürig, Maunz-Dürig, Rdnr. 21 zu Art. 104; vgl. im übrigen die Judikatur zu § 223 StGB, z.B. bei Schönke-Schröder, Kommentar zum StGB, Anm. III 1 zu § 223; u. Leipziger Kommentar, Anm. II 2 a zu § 223;

und entwürdigende Behandlung, z.B. Beleidigungen, Bloßstellungen, unnötige psychologische Testversuche, ferner alle Maßnahmen, welche die freie Willensbestimmung oder das Erinnerungsvermögen beeinträchtigen können.¹⁾

Wenn das Verbot der körperlichen und seelischen Mißhandlung in Art.104 Abs.1 Satz 2 sich als materielles Freiheitsgrundrecht darstellt, so unterliegt es dennoch nicht der Schrankentrias des Art.2 Abs.1. Denn die freie Entfaltung der Persönlichkeit setzt einen handeln, einen aktiven Grundrechtsträger voraus. Nur er kann in Verfolg dieser Absicht mit der verfassungsmäßigen Ordnung, den Rechten anderer oder dem Sittengesetz in Kollision kommen. In Art. 104 Abs.1 Satz 2 ist demgegenüber der passive, der duldende Staatsbürger angesprochen; aktiv ist hier die Staatsgewalt. Und für sie stellt sich diese Vorschrift als eine absolute Grenze dar. Mag also der Freiheitsstatus des Bürgers Einschränkungen unterliegen, die Grenze des Art.104 Abs.1 Satz 2 darf nicht überschritten werden.

4. Unterabschnitt: Grenze der Wesensgehaltssperre des Art.19 Abs.2 GG

Die übrigen Grenzen der Grundrechtsschranken ergeben sich sämtlich aus Art.19 Abs.2.²⁾

1. Kapitel: Antastung des Wesensgehalts

Mit dem Begriff des Wesensgehalts als solchem hat sich die Rechtsprechung überhaupt noch nicht, die Literatur nur vereinzelt befaßt. Man gibt zu, daß eine Wesensschau der einzelnen Grundrechte

-
- 1) Dürig, Maunz-Dürig, RdNr.22 zu Art. 104; Hamann, Grundgesetz, Anm. B 4 zu Art.104;
 - 2) Für die Schulverhältnisse ergeben sich auch aus Art.6 GG keine weiteren, im Rahmen dieser Untersuchung bedeutsamen Grenzen der Grundrechtsschranken. Die Kollision zwischen Anstaltsgewalt der Schule und Elternrecht, bzw. Institutsgarantie des Art.6 gehört nicht hierher, weil die Eltern keine Anstaltsbenutzer sind. Die Abhandlung bezieht sich nur auf die Anstaltsbenutzer, es wird also nur die Beziehung Schule-Schüler untersucht. Es handelt sich um die Grenzen der Grundrechtsschranken im Anstaltsverhältnis, d.h. die Frage, inwieweit die Schulerziehung nach Art.6 Abs.2 und 3 möglich ist, insbesondere das Verhältnis zu Art.7, bleibt außerhalb der Erörterungen;

unmöglich ist,¹⁾ und geht daher einer Definition dieses Begriffs als einer "unerkennbaren Größe"²⁾ aus dem Wege. Lediglich HERBERT KRÜGER und GÜNTER DÜRIG haben versucht, Kriterien für die Bestimmung des Wesensgehalts herauszuarbeiten.³⁾ Im übrigen beschränkt man sich darauf festzustellen, wann der Wesensgehalt eines Grundrechts verletzt ist. Zu dieser Frage liegen in Wissenschaft und Rechtsprechung klare, wenn auch stark von einander abweichende und sich zum Teil widersprechende Stellungnahmen vor.

§ 54: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht hat erst einmal am Rande zu diesem Problemkreis Stellung genommen. Nach ihm sind entscheidend "das zu regelnde Lebensverhältnis, die tatsächlich getroffene Regelung und die gesellschaftlichen Anschauungen hierüber, sowie das rechtlich geläuterte Urteil über die Bedeutung ... , die das Grundrecht nach der getroffenen Einschränkung noch für das s o z i a l e L e b e n i m G a n z e n besitzt."⁴⁾

Bezugspunkt ist für das Bundesverfassungsgericht bemerkenswerterweise nicht das Grundrecht als subjektives öffentliches Recht des einzelnen von der Einschränkung betroffenen Individuums, denn dieses hat für das "soziale Leben im Ganzen" keine Bedeutung, sondern das Grundrecht im Sinne der Grundrechtsbestimmung. Art.19 Abs.2 schützt demnach nicht die konkrete Inhaberschaft und Durchsetzbarkeit eines Substanzminimums an Berechtigung des einzelnen, sondern nur ein Substanzminimum an Geltung der Grundrechtsbestimmung.

§ 55: Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

Das Bundesverwaltungsgericht sieht den Wesensgehalt eines Grundrechts dann als angetastet an, wenn von dem Grundrecht "gar nichts mehr übrig bleibt".⁵⁾ Jedem Grundrecht kommt also ein absoluter

1) BGH, DÖV 55/729 (730);

2) Krüger, DÖV 55/598;

3) Krüger, DÖV 55/597ff; Dürig, AöR 81/117ff;

4) BVerfGE 2/266(285);

5) BVerwGE 1/ 48(51); 1/92(94); 1/269(270); 2/89(93); 2/295(300); ständige Rechtsprechung;

Wesenskern zu. Entgegen der ausdrücklichen Bestimmung der Verfassung, daß "in keinem Fall" der Wesensgehalt angetastet werden dürfe, läßt das Bundesverwaltungsgericht Eingriffe in den Wesensgehalt zu, wenn es für die Sicherung der für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter erforderlich ist.¹⁾ Das Gericht argumentiert nicht so: Es gehört zum Inbegriff der Grundrechte, daß sie nicht in Anspruch genommen werden dürfen, wenn dadurch die für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter gefährdet werden, also tastet eine Einschränkung, die diesem Zwecke dient, auch niemals den Wesensgehaltskern eines Grundrechts an, sondern fragt zunächst, ob der Wesensgehalt verletzt ist, und prüft bejahendenfalls die Zulässigkeit nach dem genannten Kriterium.²⁾

§ 56: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist ein Grundrecht dann in seinem Wesensgehalt angetastet, "wenn durch den Eingriff die wesensgemäße Geltung und Entfaltung des Grundrechts stärker eingeschränkt würde, als dies der sachliche Anlaß und Grund, der zu dem Eingriff geführt hat, unbedingt und zwingend gebietet. Der Eingriff darf also nur bei zwingender Notwendigkeit und in dem nach Lage der Sache geringstmöglichen Umfang vorgenommen werden und muß zugleich von dem Bestreben geleitet sein, dem Grundrecht gleichwohl und im weitestmöglichen Umfang Raum zu lassen."³⁾

Es handelt sich hierbei einfach um eine Formulierung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Die Wesensgehaltssperre wird gleichgesetzt mit dem Verbot des Übermaßes.⁴⁾ Anders als beim

-
- 1) BVerwGE 1/48(52); 1/92(94); 1/303(Leitsatz 3); ständige Rechtsprechung, zuletzt noch in BVerwGE 5/153 (159);
 - 2) Vgl. die Kritik Übers, GewArch 55/57ff;
 - 3) BGH, Gutachten v.25.1.1953, VerwRspr 5/641(642f); ebenso DVBl 53/471(472); DÖV 55/729(730f); BGHSt 4/375(377); 4/385(392); dem BGH folgen OLG Köln, NJW 53/1846; OVG Lüneburg, DÖV 55/218; dgl. DVBl 55/539(540); Zippelius, DVBl 56/354; v.Krauss, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S.51;
 - 4) Dürig, AöR 81/135; Denninger, DÖV 60/812-814, meint, diese Auslegung des Gutachtens sei zu eng und verweist auf BGHSt 4/375(377), wo auf die Notwendigkeit des Eingriffs hingewiesen werde; das besagt aber auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Mittels;

Bundesverfassungsgericht ist Bezugspunkt für den Bundesgerichtshof das subjektive Recht des einzelnen. Im Unterschied zur Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts erkennt der Bundesgerichtshof keine absolute, sondern nur eine relative Wirkung des Art.19 Abs.2 an.

§ 57: Die Lehre KRÜGERs

HERBERT KRÜGER leitet den Wesensgehalt der Grundrechte aus ihrem staatlichen Sinn ab, von ihrer Bedeutung als "bürgerlicher Pol" des staatlichen Gesamtlebens.¹⁾ Er gibt zwei Gesichtspunkte: einen quantitativen und einen qualitativen.

Nach der **q u a n t i t a t i v e n** Methode kommt er dann zu einer Verletzung des Wesensgehalts, wenn von der als eine unendliche Anzahl von Möglichkeiten zur Entscheidung gedachten Freiheit durch staatliche Maßnahmen soviel verschlossen worden sind, daß rein zahlenmäßig nur noch ein geringer Teil übrigbleibt. Diese "Substraktionsmethode" wird durch die Formulierungen "ausgehöhlt", "leere Form", "nudum jus" usw. verdeutlicht.²⁾ Das **q u a l i t a t i v e** Moment beruht auf dem verfassungspolitischen Sinn der Grundrechte, der sich aus den Gegenständen, die den Stoff der Grundrechte bilden, ergibt. KRÜGER erläutert das an dem Beispiel des Eigentums.³⁾ An den körperlichen Gegenständen soll sich die Freiheit des Menschen betätigen, um die Persönlichkeit und die ihr eigene Umgebung zu bilden. Diese Freiheit wäre an sich nicht verletzt, dennoch aber um ihren Wesensgehalt gebracht, wenn infolge staatlichen Handelns ein Zustand entstehen würde, in dem die Gegenstände diese Funktion nicht mehr erfüllen könnten (z.B. Degeneration der Landschaft zur Zivilisationswüste), wenn sie zur Bildung der menschlichen Persönlichkeit nichts mehr hergeben könnten.

Hinsichtlich des Gemeinschaftsvorbehalts in Art.2 Abs.1 nimmt KRÜGER mit aller Entschiedenheit gegen die Annahme immanenter Grund-

1) Vgl. zum folgenden Krüger, DÖV 55/597ff;

2) Vgl. BGHZ 6/71(80);

3) Die Wesensgehaltssperre gilt auch für das Eigentum, vgl. Ipsen, VVDStRL 10/94; Scheuner, Reinhardt-Scheuner, S.79; Weber, GR II, S.369; Werner, DVBl 54/481; Greiner, DÖV 54/585; Dürig, ZgesStW 109/329; ders. JZ 54/10; Haas, MDR 51/650;

rechtsschränken Stellung. Er meint, die Gefahren, die sich daraus ergäben, daß staatliche Stellen feststellen müßten, was eine echte und drohende Gefahr für die verfassungsmäßige Ordnung, das Sittengesetz und die Rechte anderer sei und ob und wie gegen diese vorgegangen werden soll, hätte das Grundgesetz als größer eingeschätzt als die abzuwehrenden Gefahren selbst. Deshalb ziehe es Art.19 Abs.2 vor, "den Gebrauch eines Mindestmaßes von bürgerlicher Freiheit ohne die Möglichkeit einer selbst sachlich berechtigten Korrektur durch den Staat zu lassen, damit diese Möglichkeit der Korrektur auf keinen Fall mißbraucht werden kann. Sollte hier die Selbstzucht oder die gesellschaftliche Berichtigung versagen und es womöglich zu Störungen der öffentlichen Ordnung kommen, so ist das Grundgesetz offenbar bereit, derartige Risiken in Kauf zu nehmen, weil es insoweit von einer staatlichen Zuständigkeit zur Abwehr noch schlimmeres befürchten zu müssen glaubt."¹⁾ Der Wesensgehalt sei nicht das Komplement, sondern die Korrektur der Schrankentrias des Art.2 Abs.1 GG. Nach KRÜGER darf der Staatsbürger also die Rechte anderer verletzen und gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstoßen, wenn er sich in den Grenzen des Wesensgehalts hält.

§ 58: Die Theorie DÜRIGs

GÜNTER DÜRIG bezeichnet als den Minimalgehalt des Art.19 Abs. 2 den Menschenrechtsgehalt der einzelnen Grundrechte.²⁾ Aufgabe des Art.19 Abs.2 sei es, das oberste Konstitutionsprinzip der Würde des Menschen positivrechtlich abzuschirmen. Danach ist der Wesensgehalt eines Grundrechts immer verletzt, wenn der Mensch zum Objekt staatlichen Handelns herabgewürdigt wird. Deshalb verbiete die Wesensgehaltssperre beispielsweise das Aufstellen von Voraussetzungen für die Betätigung der Freiheit, auf deren Erfüllung der einzelne bei allem Mühen keinen Einfluß habe,³⁾ oder daß der Bürger durch staatliches Verhaltensrecht rückwirkend belastet und verpflichtet werde, ohne daß er die Möglichkeit hatte,

1) Krüger, DÖV 55/598;

2) Vgl. zum folgenden Dürig, AöR 81/117ff;

3) Vgl. hierzu Oppermann, AöR 80/475;

vorher sein Verhalten darauf einzustellen.¹⁾²⁾

Darüberhinaus kommt auch nach DÜRIG dem Art.19 Abs.2 ein zusätzlicher Gehalt zu, entsprechend dem verfassungspolitischen Sinn KRÜGERS. Bei DÜRIG ergibt sich dieser aus den "historisch-politisch-soziologischen Anschauungen der Rechtsgemeinschaft über das Wesen bestimmter Einrichtungen und Normkomplexe."³⁾

Im Gegensatz zu KRÜGER geht DÜRIG von dem Vorhandensein immanenter Grundrechtsschranken aus. Der Freiheit ist die Bindung an die Ordnung immanent. Daher gehört es von vornherein nicht zum Eigenwert des Menschen und folglich auch niemals zum Wesensgehalt der Grundrechte, die Rechte anderer, das Sittengesetz und die elementare gefahrenfreie öffentliche Ordnung zu stören.

§ 59: Die Ansicht KLEINS

Im Anschluß an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sieht FRIEDRICH KLEIN als Grundrecht im Sinne des Art.19 Abs.2 nur die Grundrechtsbestimmung in ihrer Bedeutung für die Allgemeinheit an, nicht aber das subjektive öffentliche Recht und seine Bedeutung für den Betroffenen.⁴⁾ Die Wesensgehaltssperre wird als eine Vorbehaltsschranke der verfassungsmittelbaren Vorbehaltsschranken angesehen, Art.19 Abs.2 also nur als Satz 3 des Abs.1 des Art.19 GG gelesen.⁵⁾ Für die verfassungsunmittelbaren Vorbehaltsschranken und die Gewährleistungsschranken soll diese Vorschrift lediglich als "Auslegungsregel" von Bedeutung sein.

1) Hierzu Dürig, NJW 55/730 mit Anmerkung 21;

2) Gegen diese Abgrenzung Dürigs - "Objekt staatlichen Geschehens" - wendet sich Wintrich, BayVBl 57/140: "... sie übersieht, daß zum Schutze eines bestimmten für die Gemeinschaft wesentlichen Lebensbereichs der Freiheit auch objektive Grenzen gesetzt sein können, daß also die Ausübung eines Grundrechts u.U. von objektiven Voraussetzungen abhängig sein kann, auf die der Grundrechtsträger keinen Einfluß hat. Solche objektiven Bedingungen entwürdigten ihn nicht ohne weiteres zum Objekt staatlichen Geschehens." - Wintrich verkennt, daß bei Dürigs Lehre diese nicht zum Objekt entwürdigenden objektiven Bedingungen in den jenseits der Wesensgehaltssperre liegenden immanenten Schranken enthalten sind, im Ergebnis also Dürig mit ihm übereinstimmt und auch objektive Grenzen, auf die das Individuum keine Einflußmöglichkeit hat, anerkennt;

3) Im Sinne von BVerfGE 2/266(285);

4) v.Mangoldt-Klein, Anm. V 2 c zu Art.19;

5) v.Mangoldt-Klein, ebenda;

§ 60: Eigene Stellungnahme

Wenn HERBERT KRÜGER der Ansicht ist, daß der einzelne zur Störung der öffentlichen Ordnung berechtigt sei, solange er sich im Rahmen des Wesensgehalts der Grundrechte halte, so muß berücksichtigt werden, daß er hierzu durch die These GÜNTER DÜRIGs provoziert worden ist, der die polizeiliche Generalklausel als gesellschaftlich-immanente Gewährleistungsschranke sämtlicher Freiheitsgrundrechte unter die "verfassungsmäßige Ordnung" des Art.2 Abs.1 subsumiert.¹⁾ Unter "Ordnung" versteht KRÜGER in der Auseinandersetzung mit DÜRIG wie dieser den polizeirechtlichen Ordnungsbegriff. In dieser Untersuchung wird jedoch im Anschluß an KRÜGERs in der Abhandlung "Neues zur Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung und deren Schranken"²⁾ vertretenen Meinung von einem engeren Ordnungsbegriff ausgegangen. Ordnung wird hier verstanden im Sinne einer existentiellen Fundamentalordnung. Die Polizeifestigkeit der Grundrechte wird dadurch nicht angetastet. HERBERT KRÜGER bezeichnet selbst in der genannten Abhandlung die Volksgesundheit als ein Existenzelement der Staatlichkeit des Gemeinwesens. Eine Handlungsweise, welche die Volksgesundheit untergräbt und zerrüttet, kann daher offensichtlich auch nach KRÜGER niemals zum Wesensgehalt der Grundrechte gehören. An diese Fundamentalordnung ist die Freiheit gebunden. Deshalb wurde in diesem Zusammenhang von einer Einschränkung der Geltung der Grundrechte gesprochen. Wo das Grundrecht nicht gilt, kann auch keine Wesensgehaltssperre errichtet werden. Der Wesensgehalt eines Grundrechts kann begrifflich nicht weiter reichen als die verfassungsrechtliche Gewährleistung desselben. Der Wesensgehalt beginnt also erst jenseits der durch diese Bindung der Freiheit an die Fundamentalordnung gezogenen Schranke.

Im Gegensatz zu der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofes, sowie der Meinung KLEINs muß man KRÜGER und DÜRIG in ihrer Unterscheidung zwischen quantitativem und qualitativem Gehalt des Art.19 Abs.2 GG folgen. Dieser

1) AöR 79/57ff;

2) NJW 55/201-204;

Ansicht ist auch JOSEF WINTRICH, nach dessen Meinung sich der Wesensgehalt eines Grundrechts aus dessen objektivem Sinngehalt ergibt, für den "außer dem Menschenwürdegehalt die geschichtliche Ausprägung und die verfassungsrechtliche Funktion, die dem Grundrecht für das soziale Leben zukommt, eine wesentliche Rolle spielen."¹⁾ Daraus folgt, daß man den Wesensgehalt sowohl von der Grundrechtsbestimmung im Hinblick auf die Allgemeinheit als auch von dem subjektiven öffentlichen Recht des einzelnen und seiner Bedeutung für den von der konkreten Einschränkung Betroffenen her bestimmen muß.

Dem Bundesgerichtshof muß man insoweit recht geben, als Art.19 Abs.2 nicht nur absolute, sondern auch relative Grenzen aufrichtet. Die Gegenargumente KRÜGERs und KLEINs überzeugen nur gegen die Annahme von a u s s c h l i e ß l i c h relativen Grenzen durch Art.19 Abs.2: "Entscheidend aber gegen eine Identifizierung beider Institute spricht, daß es der Sinn der Unantastbarkeit ist, gegebenenfalls auch die Anwendbarkeit des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit auszuschließen. Denn dieser Grundsatz verbietet die Verfolgung keines Zieles, vorausgesetzt lediglich, daß es ökonomisch verfolgt wird, während die Unantastbarkeit des Wesensgehalts besagt, daß selbst das nützlichste Ziel und das sparsamste Mittel einen staatlichen Eingriff in die bürgerliche Freiheits-sphäre nicht rechtfertigen können, wenn diese dadurch der Grundlagen für ihre verfassungsmäßige Aufgabe beraubt werden würde."²⁾

Nach der hier vertretenen Auffassung dient der Grundsatz der verhältnismäßigkeit nur als Grenze bereits vorhandener Schranken der Grundrechte, er sagt also nichts darüber aus, aus welchen sachlichen Anlässen in Grundrechte eingegriffen werden darf, sondern setzt voraus, daß nach der Verfassung eine Berechtigung zu einem Eingriff besteht. Für d i e s e n Fall bestimmt er, daß diese Gründe nur zu dem geringstmöglichen, zwingend gebotenen Eingriffen führen dürfen. Art.19 Abs.2 ist daher Abwehrnorm gegen sachlich durch die Verfassung gedeckte, aber übermäßige grundrechtseinschränkende Maßnahmen.³⁾

1) BayVBl 57/140;

2) Krüger, DÖV 55/598; ihm folgend Klein, v.Mangoldt-Klein, Anm. V 4 d zu Art.19;

3) Zippelius, DVBl 56/354;

2. Kapitel: Folgerungen für das Anstaltsbenutzungsverhältnis

Die Wesensgehaltssperre richtet absolute und relative, materielle und formelle Grenzen auf, die sich aus dem quantitativen und qualitativen Gehalt des Art.19 Abs.2 GG ergeben.

§ 61: Relative materielle Grenze des Zwecks

Die Anstalt ist begriffsnotwendig auf einen bestimmten Zweck ausgerichtet.¹⁾ Wenn der Grundgesetzgeber - wie im Hauptteil II dieser Abhandlung dargelegt - bei einigen Anstaltsverhältnissen wegen ihrer gesellschaftlichen Ordnungsfunktion den Anstaltszweck als objektiv höherwertig im Verhältnis zu der grundrechtlich geschützten Rechtssphäre der Anstaltsbenutzer ansieht und deshalb eine Einschränkung ihrer Freiheitsgrundrechte zuläßt, so ist diese Ermächtigung auf den Anstaltszweck beschränkt. Jeder Eingriff in die Grundrechte muß durch den Anstaltszweck gefordert werden. Die Maßnahmen, die in der Anstalt mit dem Anstaltszweck x zulässig sind, können in der Anstalt mit dem Anstaltszweck y unzulässig sein; diese Grenze der Grundrechtsschranken ist deshalb *r e l a t i v* und nicht absolut, weil sie nicht wie etwa die Würde des Menschen oder der allgemeine Gleichheitssatz gleichermaßen für alle Anstaltsbenutzungsverhältnisse gilt.

Diese Begrenzung auf den Zweck ist in der Wesensgehaltssperre des Art.19 Abs.2 enthalten, denn wenn der Mensch mit Mitteln belegt wird, die nicht der Erreichung derjenigen Zwecke dienen, mit denen sie begründet werden und zu deren Erfüllung die Verfassung sie allein zuläßt, so wird er zum Objekt der Verwaltung herabgewürdigt.²⁾ Die Anstaltsbenutzer werden auf diese Weise zu einem bloßen Mittel, um den Gang der Verwaltung zu erleichtern. Damit ist der Wesensgehalt der Grundrechte verletzt.

§ 62: Relative materielle Grenze der Verhältnismäßigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Mittels beherrscht

1) Die Zweckbegrenztheit ist Begriffsmerkmal sämtlicher Definitionen, vgl. vorn §§ 1 bis 5;

2) Dürig, AöR 81/154;

auch die verfassungsmäßige Tätigkeit des Staates.¹⁾ Das wird auch von HERBERT KRÜGER und FRIEDRICH KLEIN zugestanden.²⁾ Entgegen ihrer Ansicht ist Art.19 Abs.2 aber auch der richtige verfassungsmäßige Standort für diesen Grundsatz. Der Wesensgehalt eines Grundrechts ist auch dann verletzt, wenn das Grundrecht durch den Eingriff stärker eingeschränkt wird, als dies der sachliche Grund, der zu dem Eingriff geführt hat, zwingend gebietet.³⁾ Denn der Mensch wird ebenso zum bloßen Mittel der Verwaltung, wenn er mit s c h ä r f e r e n als erforderlichen Mitteln behandelt wird, wie er es wird, wenn er mit a n d e r e n als für die Erreichung des von der Verfassung gebilligten Zwecks belegt wird. Jedes Mehr an staatlichen Einwirkungen entpersönlicht im gleichen Umfange den Menschen zum Mittel staatlicher Zwecke.⁴⁾ Zutreffend lokalisiert der Bundesgerichtshof daher das Verbot des Übermaßes in Art.19 Abs.2 GG, wenn ihm auch insoweit nicht gefolgt werden kann, als sich nach seiner Meinung der Wesensgehalt im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Mittels erschöpft.⁵⁾

Diese Grenze der Grundrechtsschranken ist r e l a t i v , weil es für die Zulässigkeit einer jeden grundrechtseinschränkenden Maßnahme auf die Mittel-Zweck-Relation ankommt.

§ 63: Absolute formelle Grenze des Rechtsschutzes

Diese Grenze folgt aus dem verfassungspolitischen Sinn der Grundrechte. Die Gewährung eines unantastbaren Minimums an Freiheit ist dann unzulänglich und entbehrt des rechten Gewichtes, wenn die Frage, ob dieses Minimum verletzt ist oder nicht, nicht erforderlichenfalls auch von einer unparteiischen Stelle nachgeprüft werden könnte.⁶⁾ So hat beispielsweise der Bundesgerichtshof ausgesprochen, daß schon die erhebliche Erschwerung der Geltendmachung eines Grundrechts dessen Wesensgehalt antasten könne.⁷⁾ Nach der

1) Forsthoff, Gedächtnisschrift für Jellinek, S.233ff; Hamann, BB 55/598; Dürig, AöR 81/146;

2) Krüger, DÖV 55/598; v.Mangoldt-Klein, Anm.V 4 d zu Art.19;

3) Zippelius, DVBl 56/353;

4) v.Krauss, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S.51; Dürig, AöR 81/146; Zippelius, DVBl 56/353ff;

5) Vgl. BGH, Gutachten, VerwRspr 5/641(642f);

6) Dürig, JZ 53/536;

7) BGHZ 5/297(298);

Ansicht des Oberverwaltungsgerichts Hamburg verliert ein Grundrecht sogar erst dann seinen Wesensgehalt, wenn eine Rechtskontrolle fehlt.¹⁾ Die Unterworfenheit unter die Anstaltsdisziplin ist daher rechtsschutzbegrenzt.²⁾ Dafür genügt die allgemein bejahte Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde.³⁾ Ob derselben ein sonstiger Gerichtsweg vorgeschaltet werden muß, kann hier offen bleiben; dem Rechtsschutzerfordernis der Wesensgehaltssperre ist mit der Verfassungsbeschwerde genügt.⁴⁾

§ 64: Absolute materielle Grenze der Substanzgarantie

Sowohl nach der quantitativen als auch nach der qualitativen Methode KRÜGERS kommt man zu einer Verletzung des Wesensgehalts, wenn der Grundrechtsträger keinerlei Möglichkeit mehr hat, von seinem Grundrecht Gebrauch zu machen. Art.19 Abs.2 enthält daher auch eine Substanzgarantie als absolute materielle Grenze aller Grundrechtsschranken.⁵⁾

Diese ist nur bei den Vorbehaltsschranken akut, da es - wie dargestellt - nicht zur Freiheit und daher erst recht nicht zur Substanz der Freiheit gehört, die elementare gesellschaftliche Grundordnung zu stören. Die immanenten und systematischen sachlichen Gewährleistungsschranken können begrifflich nicht gegen die Grenze der Substanzgarantie verstoßen. Auf diese Grenze hin untersucht werden müssen daher nur die Vorbehaltsschranken in den auf verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen beruhenden institutionalisierten Anstaltsbenutzungsverhältnissen.

1) VerwRspr 3/736;

2) Dürig, AöR 81/155;

3) Geiger, Kommentar zum BVerfGG, S.280; Zweigert, JZ 52/324; Obermayer, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, S. 84; Redelberger, NJW 53/326; Röhl, JZ 54/69; Tietgen, NJW 56/1132; a.A. OLG Schleswig, SchlHanz 51/91 ohne Angabe von Gründen;

4) Dürig, AöR 81/155;

5) Diese Substanzgarantie ist auch in Art.2 Abs.1 in Verbindung mit Art.1 Abs.1 zum Ausdruck gebracht worden. Da alle Freiheitsgrundrechte spezielle Ausgestaltungen des subjektiven Hauptfreiheitsrechts des Art.2 Abs.1 sind, dürfen sie nicht gänzlich isoliert von der objektiven Wertentscheidung dieses Artikels betrachtet werden. Eine Denaturierung und Aushöhlung ist deshalb auch ohne Art.19 Abs.2 nicht möglich. Wenn eine Einschränkung der Grundrechte ohne Rücksicht auf den Wesensgehalt derselben möglich wäre, so wären die Grundrechte keine Grundrechte mehr, da sie ihre vom Verfassungsgesetzgeber zugedachte Aufgabe nicht mehr wahrnehmen könnten, sie wären "wesentlich" etwas anderes als Grundrechte;

Bei den Grundrechtsschranken in den Bildungsanstalten läßt sich klar erkennen, daß sie nicht diese Grenze verletzen. Sie sind ihrer Intensität nach nicht sehr schwerwiegend und auch ihrer zeitlichen Dauer nach beschränkt. Problematisch in Bezug auf die Substanzgarantie sind die Strafvollzugsanstalten. Hier ist die Ausübung der Freiheitsgrundrechte derart eingeschränkt, daß überhaupt nichts übrig bleibt.¹⁾ Die Grundrechte können ihre Funktion als Gegenpol der staatlichen Gewalt, ihren verfassungspolitischen Sinn nicht mehr erfüllen. Der Wesensgehalt der Freiheitsgrundrechte ist angetastet. Wollte man sich bei den zeitlichen Freiheitsstrafen um diese Folge auch herumdrücken, indem man ein "zeitweiliges Ruhen" der Grundrechte mit anschließendem "Wiederaufleben" konstruierte, so wäre man letztlich bei der lebenslänglichen Freiheitsstrafe genötigt, eine eindeutige dogmatische Position zu beziehen. In diesem Falle kommt man nicht um die Anerkennung der Verletzung des Wesensgehalts herum. Diese Überschreitung der Wesensgehaltssperre des Art.19 Abs.2 bedarf der Rechtfertigung im Grundgesetz. Diese kann nur in Art.104 GG gesehen werden. Art.104 stellt eine in der gleichen Verfassungsebene beheimatete Ausnahmevorschrift zu Art.19 Abs.2 dar.²⁾ Dadurch ist die Durchbrechung der Substanzgarantie der Freiheitsgrundrechte durch die Vorbehaltsschranken im Strafvollzugsverhältnis durch die Verfassung gerechtfertigt.

§ 65: Keine Grenze des Nichtvorhandenseins eines Gesetzesvorbehalts

In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, eine Einschränkung nicht unter einem Gesetzesvorbehalt stehender Grundrechte sei im unfreiwillig begründeten Anstaltsbenutzungsverhältnis unzulässig.³⁾ Das würde bedeuten, daß die Freiheit der Religionsausübung (Art.4 Abs.2) und die Grundrechte der Vereins- (Art.9 Abs.1) und Versammlungsfreiheit (Art.8 Abs.1), die nicht durch

1) Zumindest hinsichtlich der Art.8 und 11;

2) Dürig, Maunz-Dürig, Anm.78 Fußnote 2, S.67f;

3) Forsthoff, Lehrbuch, S.117; Hildegard Krüger, ZBR 56/309; Leisner, DVBl 60/618; Hamann, Kommentar, S.68; Dürig, AöR 81/155, wo er diese Schranke auch ausdrücklich aus Art.19 Abs.2 ableitet; bei freiwilligen besonderen Gewaltverhältnissen ist das Fehlen eines Gesetzesvorbehalts für Dürig nur ein "Indiz" für die Unzulässigkeit des Eingriffs;

eine verfassungsmittelbare Vorbehaltsschranke eingeschränkt sind, auch im Strafvollzugsverhältnis unantastbar wären. Demnach müßte jeder Zuchthäusler auch an Prozessionen, mehrmals täglich an Gottesdiensten, an Versammlungen im Freundeskreis usw. teilnehmen können.

Dieser Meinung kann nicht gefolgt werden. Das Grundgesetz hat sich dadurch, daß es einzelne Grundrechte ohne Gesetzesvorbehalt garantierte, lediglich gegen eine Einschränkung dieser Grundrechte durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes ausgesprochen. Daß die in der Verfassung durch die Verfassung gezogenen Schranken (Gewährleistungsschranken und verfassungsunmittelbare Vorbehaltsschranken) in diesen Fällen nicht gelten sollen, kann daraus nicht abgeleitet werden. Für das als Beweis angeführte Grundrecht der Gleichheit ist diese Theorie im Ergebnis zwar richtig, aber nicht weil kein Gesetzesvorbehalt es einschränkt, sondern weil es weder in seiner sachlichen und persönlichen Gewährleistung noch im Hinblick auf verfassungsunmittelbare Vorbehaltsschranken Einschränkungen unterliegt.

2. Abschnitt: Freiwillig begründete Anstaltsbenutzungsverhältnisse

Der Staatsbürger, der freiwillig in eine Anstalt eintritt, tut dies, weil er sich davon Vorteile verspricht. Der Anstaltszweck ist für ihn maßgebend. Nur an ihm kann er sich darüber orientieren, inwieweit er auf seine Grundrechtsausübung verzichtet. Der Verzicht ist daher begrenzt durch den Anstaltszweck.¹⁾ Daraus folgt, daß keine Maßnahme anstaltsfremden Zwecken dienen oder über das durch den Anstaltszweck erforderliche Maß hinausgehen darf. Weiter ergibt sich daraus, daß der Anstaltsbenutzer nicht auf den Schutz durch unabhängige Gerichte verzichtet. Da der Anstaltszweck niemals ungleiche Behandlung gleicher Tatbestände erfordert und die Würde des Menschen unverzichtbar ist,²⁾ sind also die Grenzen der

1) Bachof, Laforetffestschrift, S.302; ders. AöR 78/85; Mann, DÖV 60/410; Hildegard Krüger, ZBR 56/310; Löffler, BB 56/729: "Funktionsgrenze";

2) Dürig, Maunz-Dürig, Rdnr.18f zu Art.1; Giese, Kommentar, Erl. II 1 zu Art.1; Maunz, Staatsrecht, S.84; Nipperdey, GR II, S. 22; v.Mangoldt-Klein, Anm. III 8 zu Art.1; Münch, Die Menschenwürde als Grundforderung unserer Verfassung, S.8; a.A. Wer-
nicke, BK, Erl. II 1 a zu Art.1;

Grundrechtsschranken im Anstaltsbenutzungsverhältnis unabhängig davon, ob der Nutzer freiwillig oder unfreiwillig eine Einschränkung seines status negativus erfährt. Eine Ausnahme gilt für die freiwillig begründeten Anstaltsbenutzungsverhältnisse nur insofern, als sich die besondere Betonung des aus der Würde des Menschen folgenden Verbotes der körperlichen und seelischen Mißhandlung in Art.104 Abs.1 Satz 2 GG auf die ohne oder gegen den Willen der Betroffenen begründeten Anstaltsbenutzungsverhältnisse beschränkt. Im Ergebnis folgt daraus jedoch keine unterschiedliche Behandlung der Anstaltsbenutzer, denn es handelt sich bei Art.104 Abs.1 Satz 2 nur um die ausdrückliche Hervorhebung eines Aspektes der Würde des Menschen, die der Gesetzgeber angesichts der Erfahrungen während der Jahre 1933-1945 für erforderlich hielt.¹⁾ Außerdem wird sich eine Einwilligung in bestimmte grundrechtsbeschränkende Maßnahmen kaum auf eine körperliche und seelische Mißhandlung erstrecken.

Die im 1.Abschnitt des Teils III dieser Abhandlung gemachten Ausführungen können daher uneingeschränkt übernommen werden.

1) Dürig, Maunz-Dürig, Rdnr. 6 zu Art.104;

Ergebnis

Zusammenfassend läßt sich bezüglich der Geltung und Ausübung der Freiheitsgrundrechte im öffentlich-rechtlichen Anstaltsbenutzungsverhältnis folgendes feststellen:

Eine Einschränkung der Freiheitsgrundrechte durch die Anstaltsdisziplin ist nach dem Grundgesetz nur zulässig in den

- a) durch eine effektive und nicht nur fingierte freie Willensbekundung des Anstaltsbenutzers begründeten
- b) sonderstatusbegründenden ordnungserhaltenden
- c) sonderstatusbegründenden ordnungsgestaltenden im Grundgesetz institutionalisierten

Anstaltsbenutzungsverhältnissen.

Eine Besonderheit unter den sonderstatusbegründenden ordnungserhaltenden Anstaltsbenutzungsverhältnissen stellen die Strafvollzugsverhältnisse dar, die ausnahmsweise einer Institutionalisierung im Grundgesetz bedürfen.

In den freiwillig begründeten Anstaltsbenutzungsverhältnissen ist die Ausübung der Grundrechte durch die Vorbehaltsschranke des freiwilligen Verzichts eingeschränkt.

Ebenso unterliegt in den sonderstatusbegründenden ordnungsgestaltenden und in den Strafanstaltsverhältnissen nur die Ausübung der Freiheitsgrundrechte einer Einschränkung. In den Strafvollzugsverhältnissen unterliegen die Freiheitsgrundrechte generellen verfassungsunmittelbaren intransitiven und reflexiven Vorbehaltsschranken; in den sonderstatusbegründenden ordnungsgestaltenden institutionalisierten Anstaltsbenutzungsverhältnissen wirken generelle verfassungsunmittelbare transitive und reflexive Vorbehaltsschranken.

Dagegen wird in den sonderstatusbegründenden ordnungserhaltenden Anstaltsbenutzungsverhältnissen mit Ausnahme der Strafvollzugsverhältnisse nicht die Ausübung, sondern die Geltung der Freiheitsgrundrechte eingeschränkt. Die Grundrechte unterliegen immanenten und systematischen, intransitiven und reflexiven sachlichen Ge-

währleistungsschranken.

Für die Grundrechtsschranken errichten Art.1 Abs.1, Art.3 Abs.1 und Art.19 Abs.2 Grenzen. Diese lassen sich unterscheiden in quantitative und qualitative, absolute und relative, materielle und formelle. Sie sind unterschiedslos in sämtlichen Anstaltsbenutzungsverhältnissen gleich, unabhängig davon, ob letztere freiwillig oder unfreiwillig begründet worden sind. Für die unfreiwillig begründeten Anstaltsbenutzungsverhältnisse ist lediglich ein Aspekt der Würde des Menschen in Art.104 Abs.1 Satz 2 besonders hervorgehoben.

Da in den sonderstatusbegründenden ordnungserhaltenden Anstaltsbenutzungsverhältnissen die Geltung der Grundrechte eingeschränkt ist, können die immanenten und systematischen sachlichen Gewährleistungsschranken schon rein begrifflich niemals die durch Art.19 Abs.2 (Art.2 Abs.1 in Verbindung mit Art.1 Abs.1) errichtete Grenze der Substanzgarantie verletzen.

Der Wesensgehalt der Freiheitsgrundrechte wird angetastet durch die Vorbehaltsschranken in den Strafvollzugsverhältnissen. Diese Durchbrechung der Wesensgehaltssperre ist durch die mit Art.19 Abs.2 gleichrangige Ausnahmevorschrift des Art.104 GG gerechtfertigt.

L e b e n s l a u f

Als Sohn des kaufm. Angestellten Alfons Rauch und seiner Ehefrau Dorothea, geb. Hallmann, wurde ich am 13. September 1937 in Bitterfeld (Bezirk Halle/Saale) geboren.

Von 1943 bis 1951 besuchte ich die Volksschule und von 1951 bis 1954 die Oberschule II in Bitterfeld. Im Juli 1954 flüchtete ich aus der sowjetisch besetzten Zone.

Nach eineinhalbjährigem Besuch des Förderkurses für geflüchtete Abiturienten an der Staatlichen Aufbauschule in Rüthen/Möhne bestand ich im Februar 1956 die Reifeprüfung.

Vom Sommersemester 1956 bis zum Sommersemester 1959 einschließlich studierte ich an der Universität Münster/Westf. Rechtswissenschaft.

Am 16. Januar 1960 legte ich vor dem Justizprüfungsamt in Hamm/Westf. die erste juristische Staatsprüfung ab.

